



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 2006.39.03.000711-8/PA
Processo na Origem: 200639030007118

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
RELATOR P/ :
ACÓRDÃO : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADOR : MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS
ADVOGADO : MARCELO THOMPSON LANDGRAF E OUTROS(AS)
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A - ELETRONORTE
ADVOGADO : CAREM RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS(AS)
EMBARGADO : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI
EMBARGADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : MANUEL DE MEDEIROS DANTAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra Acórdão proferido pela colenda Quinta Turma deste Tribunal, assim ementado:

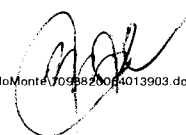
CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO e AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO QUE CULMINOU COM A PROMULGAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 — QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A IMPLANTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE. INEXISTÊNCIA, POIS, DE OFENSA ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DOS ARTS. 170, VI, E 231, § 3º, AMBAS DA LEI MAIOR.

1. Não se acha inquinado do vício de inconstitucionalidade o Decreto Legislativo 788/2005, que autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido, após estudos de viabilidade, pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás).

2. O Supremo Tribunal Federal, na sua relevante missão de intérprete maior da Constituição da República, já decidiu inexistir vício de formação no aludido decreto legislativo, por violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, ante a falta de consulta prévia às comunidades afetadas (Suspensão de Liminar n. 125/2006, Ministra Ellen Grace). O ato emanado da então Presidente daquela Alta Corte Judiciária apreciou e deliberou, expressamente, sobre as seguintes questões essenciais, a saber: a) considerou acórdão anterior desta Quinta Turma ofensivo à ordem pública, entendida esta no contexto da ordem administrativa, e à economia pública, no ponto em que este Órgão Colegiado considerou inválido o decreto legislativo 788/2005 e proibiu ao IBAMA que elaborasse a consulta política às comunidades

interessadas; b) expendendo sua fundamentação, ingressou no terreno de mérito, afirmando, com todas as letras, que o Decreto legislativo em questão foi aprovado pelo Congresso Nacional, no legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva, a teor do art. 49, inciso XVI, da Constituição da República; c) afirmou a plena vigência desse ato legislativo; d) sustentou que o STF, em 1º/12/2005, ao julgar a ADI 3.573/DF, não conheceu da mencionada ação direta de inconstitucionalidade; e) considerou, por essas razões, prematura e ofensiva à ordem administrativa o acórdão deste Órgão Judicante, que impediu o Poder Executivo de proceder à elaboração de consulta às comunidades indígenas; f) levou em consideração, à vista da alegada violação ao artigo 231, § 3º, da CF, que o artigo 3º do Decreto legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento, e concluiu que, se aprovados os estudos pelos órgãos competentes, o Poder Executivo poderá adotar as medidas previstas em lei objetivando a implantação do empreendimento hidroelétrico em apreço; g) teve por certo que os estudos em referência estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal, pelo que é fora de dúvida que a questão atinente ao pretendo desrespeito pelo Congresso Nacional da norma inscrita no parágrafo 3º do art. 231 da lei Magna ficou, no mínimo, implicitamente afastada; h) ao deliberar acerca do argumento de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades serão afetadas, emitiu pronunciamento inequívoco acerca da necessidade de que as comunidades indígenas fossem ouvidas somente a posteriori; não, porém, conforme sustenta o Autor nesta ação, vale dizer, previamente à autorização congressual; e i) teve, ainda, por relevante, o argumento estatal no sentido de que se não fosse viabilizado o aproveitamento hidroelétrico, naquele momento, haveria o comprometimento do planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região, com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros despendidos pela União. Nessa mesma perspectiva, assentou que o ato legislativo em foco ostenta caráter meramente programático, ao autorizar a implantação do "Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte" somente após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros, ressaltando, inclusive, que ele renunciou, explicitamente, que seria observada a regra do art. 231, § 3º, da CF, no que prevê a oitiva das comunidades localizadas na área sob influência do empreendimento.

3. Evidencia-se, portanto, que a Corte Constitucional assegurou o prosseguimento do processo de licenciamento da obra em questão, em função da qual já foram despendidos consideráveis recursos públicos, além de adotadas múltiplas e diversificadas ações, medidas e providências pela Administração, bem como por parte do empreendedor.



4. Ante todo o contexto da lide, é imprescindível reconhecer a preexistência de fatos e o transcurso de etapas que, sob qualquer ponto de vista, tornam irreversível a continuidade do empreendimento, porquanto houve: 1º) manifestação inexorável da vontade política, preordenada à implementação de políticas públicas voltadas para o saneamento do setor energético do país, expressa e implementada na deliberação estatal de levar a cabo o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte; 2º) vontade e interesse da Administração Pública, especialmente a do Conselho Nacional de Política Energética em dar concretude ao projeto relativo à construção da Usina; 3º) deliberação congressual pertinente, legítima e oportuna; 4º) uma série de atos perpetrados pela Administração com vistas à implementação do AHE já em curso; e 5º) respaldo do Poder Judiciário, consubstanciado em pronunciamentos do STF e desta Corte, que asseguraram a continuidade das etapas subseqüentes do empreendimento.

5. O art. 231, § 3º, da Carta da República enuncia dois requisitos prévios para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, quais sejam: autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Não explicita, contudo, a precedência de uma medida sobre a outra. Nesse contexto, em observância ao princípio da razoabilidade, cumpre concluir que a oitiva das comunidades localizadas na área de influência do empreendimento somente pode ocorrer após a realização dos respectivos estudos (EIA/RIMA), até mesmo porque nesses estudos é que serão delimitadas as estratégias do empreendimento, de forma a mitigar os impactos ambientais e definir as efetivas repercussões do projeto. Desse modo, a par de ser necessária prévia delimitação da área que será afetada, não há como, sem possuir os necessários dados técnicos, discutir com as comunidades sobre questões de natureza sócio-ambiental e culturais inerentes ao AHE antes de definir qual a abrangência e a extensão dos reflexos passíveis de ser observados nas diversas partes dessa área. Não há impedimento, pois, a que os diferentes segmentos da sociedade sejam consultados durante os estudos de viabilidade do projeto.

6. Extrai-se do Texto Magno a intelecção de que o Constituinte não conferiu ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir, por seus representantes, as comunidades afetadas. Não se trata, na espécie, de delegação de atribuições, até mesmo porque a consulta às comunidades tribais pode e deve ser realizada por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a qual possui quadro de pessoal com formação e especialização no trato com essa etnia, e que tem o papel institucional de exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas; bem como formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro (Lei 5.371/67 e Decreto 7.056/2009).

7. A jurisprudência, de igual modo, vem se orientando no sentido de que a autorização do Congresso Nacional para exploração de energia elétrica dos rios em áreas indígenas "deve anteceder, inclusive, aos



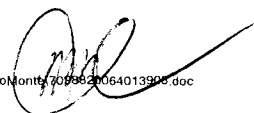
estudos de impacto ambiental, a fim de evitar dispêndios indevidos de recursos públicos”.

8. O ato congressual em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação do AHE na região.

9. Acha-se comprovado no âmbito do processo que o IBAMA e a FUNAI têm desenvolvido efetiva atuação no monitoramento de todas as etapas relativas ao empreendimento, realizando o controle ambiental e estipulando diversas condicionantes a serem executadas, com vistas a mitigar os impactos ambientais e proteger as terras indígenas. Destaca-se, por relevante, que estudos criteriosos realizados pelo IBAMA asseguram que o rio não secará na Volta Grande do Xingu, mas, apenas, ficará com sua vazão diminuída, tendo sido fixados valores mínimos de fluxo de água no trecho mencionado, por meio do estabelecimento do hidrograma de consenso. Atestou-se, destarte, que o nível de vazão das águas é suficiente para garantir a reprodução normal dos peixes e da própria navegabilidade do rio durante o ano todo. Por tais motivos, entre outros, conclui-se que o Decreto Legislativo 788/2005, de igual modo, não incide em vício de inconstitucionalidade, no tocante ao pretense desrespeito à norma fundamental inscrita no art. 170, VI, da Constituição da República (matéria relativa à defesa do meio ambiente).

10. Sob outra perspectiva, também não se identifica eiva de inconstitucionalidade formal por ofensa ao parágrafo único do art. 65 da Lei Maior — o qual determina que o projeto de lei emendado deve retornar à Casa iniciadora —, porquanto as alterações introduzidas pelo Senado Federal não importaram alteração do sentido da proposição legislativa e, somente nesta hipótese, o projeto de lei deveria ser devolvido à Câmara dos Deputados. Precedentes do STF.

11. Desnecessidade da existência de lei complementar para disciplinar a matéria relativa ao aproveitamento de recursos hídricos, uma vez que o parágrafo 6º do art. 231 da Lei Fundamental exige sua edição, exclusivamente, nas hipóteses de exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em terras ocupadas pelos índios, quando houver relevante interesse público da União.



12. Apelação do Ministério Público Federal e remessa oficial desprovidas.

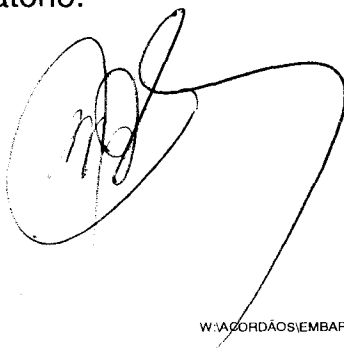
Em suas razões recursais, sustenta o douto Ministério Público Federal, em resumo, que houve omissão no Acórdão embargado, porquanto o voto condutor do julgado teria deixado de se pronunciar, especificamente, sobre as normas constantes da Convenção 169 da OIT, como assim o fizera o voto vencido, resolvendo a questão “em bloco” e negando a incidência do tratado, de modo genérico, impondo-se o expreso pronunciamento da Turma julgadora acerca da observância, no caso, dos arts. 6º, I, **a**, **b**, e **c**, 2; 7º, I, 2, **e**, 4; 14, 2; e 15, I, 2 da referida Convenção, bem assim, sobre a “*incidência, no caso, do Decreto Legislativo 143/2002, que é a norma por cujo meio o referido tratado internacional foi incorporado e passou a ter eficácia no Brasil*” – fls. 1418/1424.

Regularmente intimadas, as recorridas manifestaram-se às fls. 1937/1942, 2006/2015 e 2029/2032, pugnando pelo desprovisionamento dos embargos de declaração em referência.

Os presentes autos vieram-me conclusos, em virtude da aposentadoria do eminente Relator para Acórdão, Desembargador Federal Fagundes de Deus, cabendo-me o acervo processual até então submetido à Relatoria de Sua Excelência, em face da minha designação para integrar a colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, conforme ATO/PRESI/ASMAG 232, de 09 de fevereiro de 2012 (fls. 1984.).

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA veiculou o incidente de exceção de impedimento/suspeição desta Relatoria, a que se reporta a peça de fls. 1945/1959, em fotocópia, que restou rejeitado pela decisão de fls. 1986/1999, também em fotocópia, confirmada pela colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, conforme notícia a certidão de julgamento de fls. 2024.

Este é o Relatório.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 2006.39.03.000711-8/PA
Processo na Origem: 200639030007118

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
RELATOR P/ :
ACÓRDÃO : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADOR : MARCO ANTÔNIO DELFINO DE ALMEIDA
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS
ADVOGADO : MARCELO THOMPSON LANDGRAF E OUTROS(AS)
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A - ELETRONORTE
ADVOGADO : CAREM RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS(AS)
EMBARGADO : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI
EMBARGADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : MANUEL DE MEDEIROS DANTAS

VOTO

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

I

A pretensão deduzida pelo douto Ministério Público Federal, nestes autos, é no sentido de obter-se “a condenação do IBAMA em obrigação de não fazer, consistente na proibição de adotar atos administrativos referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte” (fls. 21), amparando-se nos seguintes fundamentos, conforme assim consignado no voto proferido pela Relatora, *in verbis*:

“(…)

a) que a hidrelétrica atingirá as comunidades indígenas de Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruaia, Kayapó e Araweté, as quais poderão sofrer danos ambientais, caso ocorra a implantação;

b) que o processo legislativo que deu origem ao Decreto Legislativo 788/2005 tem vícios de ordem material, pois não consultou as comunidades indígenas afetadas (arts. 170, VI e art. 231, §3º, da CF/88 e **art 6º, 1, a, da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 143/2002.**

c) a ocorrência de “atentado ao devido processo legislativo”, pois o projeto do decreto legislativo foi modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados, ex vi do art.123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados;

d) a ausência de lei complementar que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena, nos termos do § 6º do artigo 231 da Constituição;

e) que o Congresso Nacional não poderia delegar a oitiva das comunidades envolvidas, para os fins do art. 231, § 3º da CF/88, daí porque seria inconstitucional a delegação prevista no art. 2º do Decreto Legislativo 788/2005, por violar os arts. 231, § 3º e 49, XVI, da Constituição” – fls. 1834/1836 (grifei).

Em suas razões de embargos, sustenta o douto Ministério Público Federal que o julgado recorrido teria sido omissos, na medida em que, embora o voto vencido, proferido pela eminente Relatora sorteada, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, tenha expressamente consignado que, na espécie, aplicar-se-iam as normas da Convenção nº. 169-OIT, notadamente, aquelas constantes dos seus arts. 6º, I, **a, b, e c**, 2; 7º, I, 2, 3, 4; 14, 2; e 15, I, 2, os votos vencedores teriam se limitado a negar a incidência, de forma genérica, do referido tratado, deixando, contudo, de examinar, especificamente, cada um dos aludidos dispositivos normativos.

A discussão que se travou em torno da suposta inobservância de dispositivos da Convenção 169-OIT, e que se constitui num dos fundamentos em que o douto Ministério Público Federal sustenta a sua pretensão, qual seja, a de *“que o processo legislativo que deu origem ao Decreto Legislativo 788/2005 tem vícios de ordem material, pois não consultou as comunidades indígenas afetadas (arts. 170, VI e art. 231, §3º, da CF/88 e **art 6º, 1, a, da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 143/2002**”,* restou examinada, pela Relatora, com estas letras:

“(…)

Delegação de competência do Congresso Nacional para oitiva dos índios

Esta questão não restou superada pelo passar do tempo, conforme se comprova pela retrospectiva acima apresentada.

De fato, a oitiva das comunidades indígenas pelo Poder Executivo não se configura em matéria passível de delegação, sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional.

Os povos indígenas que serão direta ou indiretamente atingidos pela construção da UHE não foram ouvidos.

Esta Quinta Turma já teve oportunidade de apreciar o caso dos Parakanã que foram desalojados de suas terras para a construção de Tucuruí. Os Parakanã foram remanejados duas vezes porque não se adaptaram às novas condições e porque foram hostilizados por diferente comunidade indígena onde foram alocados.

Os povos indígenas e as populações ribeirinhas precisam de floresta para viver e a barragem lhes trará dificuldades. A consulta aos

grupos é requisito constitucional para qualquer empreendimento de exploração de recursos hídricos e de riqueza mineral.

Em resumo, a inundação hoje sazonal, será constante nos igarapés Altamira e Ambé, que corta Altamira e parte da área rural de Vitória do Xingu. Haverá interrupção do transporte fluvial, único meio de locomoção das populações ribeirinhas e indígenas. Há que se fazer o deslocamento de centenas de famílias que atualmente vivem em situações miseráveis na periferia de Altamira; 800 famílias da área rural de Vitória do Xingu e de 400 famílias ribeirinhas.

A situação dessas pessoas todas tem que ser considerada, inclusive os não índios. Indaga-se se as famílias que vivem em Altamira e os ribeirinhos que não possuem título de terra serão indenizados? Se não forem, qual será o seu destino?

Estima-se hoje que um milhão de pessoas foram desalojados em razão da construção de barragens, sendo que milhares não foram indenizadas por não terem título de propriedade.

As pessoas que vivem na área urbana poderão receber uma pequena indenização e tentarem a vida em outro município. Não é o que se passa com os ribeirinhos. Eles formam o que a antropologia chama de sociedade tradicional. Não são índios, mas também não são urbanos e não estão integrados à sociedade nacional. Não conseguirão, se deslocados, adaptarem-se em novas comunidades urbanas. Deixarem o seu *modus vivendi* é mais que um desterro.

É preciso um olhar atento a este tipo de indivíduos e sua ligação simbiótica com a natureza.

(...)

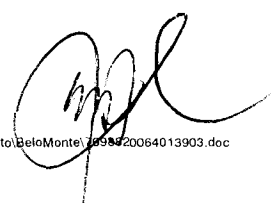
A competência exclusiva do Congresso Nacional para a oitiva das comunidades indígenas

A luta pelas terras indígenas e de suas riquezas naturais é o cerne da questão indígena sobre a qual há quinhentos anos se debruçam os juristas.

A história da ocupação das áreas indígenas que se desenrolou nos séculos XVI e XVII se repete nas frentes de desenvolvimento da sociedade nacional quando avança sobre os últimos redutos silvícolas.

O que mudou foi o método de atração; as motivações de exploração capitalista e as conseqüências para as populações tribais continuam as mesmas. Ainda hoje, a sociedade nacional só tem a oferecer ao índio, em condição de isolamento, doença, fome e desengano. A atração, por isso, não interessa ao indígena, mas à sociedade nacional, que, sem explorar convenientemente o território já conquistado, procura novas áreas de expansão, para atividades mineradoras, extrativistas, madeireiras e agropecuárias.

As terras indígenas – solo e subsolo – são disputadas por agropecuaristas, cacauicultores, garimpeiros, mineradoras, pequenos e grandes agricultores.



A abundante legislação protecionista desde o Brasil Colônia aliada à legislação imperial e depois a republicana não impediram o genocídio.

Inúmeros povos indígenas desaparecem das Américas em razão do morticínio resultante do encontro dos europeus com os aborígenes do Novo Mundo. Não existiu uma política deliberada de extermínio dos povos indígenas pelos povos ibéricos, mas o chamado capitalismo mercantil logrou o resultado de reduzir milhões em 1500 a alguns milhares.

Lembre-mos que em 1570 Lisboa proíbe a escravidão indígena, exceto nos casos de "guerra justa". Segundo a legislação portuguesa e espanhola haveria guerra justa se (a) declarada por príncipe legítimo ou seu representante; (b) houvesse motivo nobre e (c) não houvesse ganhos materiais.

A guerra era justa porque travada contra selvagens, primitivos, bárbaros e pagãos. A questão jurídica nunca foi pacífica e a Coroa portuguesa sempre oscilou entre a guerra justa e a proibição de escravização dos índios. Em 1808 D. João VI voltou a instituir a "guerra justa" de extermínio de tribos "inimigas", justificando a ocupação de território indígena.

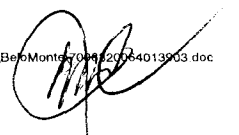
O caso dos autos é um capítulo desse conflito de interesses da sociedade nacional e das comunidades indígenas que desejam apenas sobreviver e não é mais possível se invocar os princípios da "guerra justa" para a defesa unilateral de algumas pretensões apenas. Hoje os princípios de antanho vêm camuflados com outros argumentos a justificar o pretense direito de uns progredirem, desenvolverem-se e se enriquecerem às custas do perecimento do outro.

Tem-se conhecimento que empreendimentos para a exploração de recursos hídricos, independentemente do tamanho, provocam mutações nas pressões pela ocupação das terras indígenas e alterações do quadro social da microrregião onde se localizará a construção. Tal se passou com os Parakamã, no Pará (UHE Tucuruí), os Cinta Larga, em Mato Grosso (UHE Juína), com os Waimiri Atroari, no Amazonas (UHE Balbina), com os Ava-Candino (UHE Serra da Mesa), os Macuxi (UHE Contigo) em Roraima.

Há que se buscar uma solução que harmonize o desenvolvimento sócio-econômico com a preservação das comunidades indígenas e a proteção ao meio ambiente, dentro do princípio constitucional do desenvolvimento sustentado (CF, art. 225).

Desde os tempos da guerra justa autorizada em 1570 por Portugal, até os dias de hoje, a questão legal da terra indígena tem sofrido mutações. É o que veremos a seguir.

A Constituição da República vigente garante aos índios o direito exclusivo ao usufruto das riquezas do solo, rios e lagos existentes nas terras tradicionalmente por eles ocupadas (§ 2º do art. 231). Foi atribuído ao Congresso Nacional o poder de autorizar a concessão para aproveitamento de recursos hídricos, incluindo os potenciais energéticos.



A questão jurídica controvertida nesse tópico diz respeito se o Congresso Nacional pode delegar a oitiva das comunidades indígenas afetadas. A Constituição não oferece uma resposta conclusiva. É preciso examinar-se a questão em conformidade com os princípios que regem a defesa das comunidades indígenas.

A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/88 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu *modus vivendi*”.

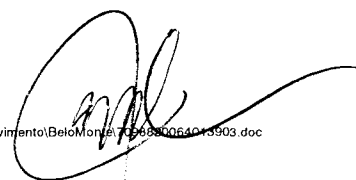
Transcrevo, a respeito, trecho do bem lançado parecer do MPF:

“Com efeito, a doutrina não encampa a tese das apeladas no sentido de que a consulta aos índios não condiciona a decisão acerca do aproveitamento dos recursos hídricos em comento, consoante explanado no seguinte trecho da obra “Direito Indigenista Brasileiro”, de autoria de Luiz Felipe Bruno Lobo, verbis:

‘Não há dúvidas, também, de que esta disposição foi insculpada na Lei Maior com o objetivo de impedir que as comunidades indígenas, seduzidas por propostas ardilosas, terminassem por efetuar acordos prejudiciais a si mesmas, daí a necessidade de autorização do Poder Legislativo imposta pelo legislador. Mas não para aí o raciocínio dos que confeccionaram nossa Carta Magna, cientes de que o Congresso está sujeito a correntes políticas as mais variadas, condicionaram tal aprovação à oitiva das comunidades tribais afetadas. Nesse sentido, ouvir simplesmente não condiciona a decisão. Para nós é óbvio que a decisão de aprovar está condicionada à anuência dos indígenas afetados, sob pena de tornar letra morta a Exigência Legal Maior. De nada valeria a oitiva das comunidades e decidir contra sua vontade, pois suas vozes perder-se-iam nas galerias do Senado e da Câmara Federal. Nossa opinião é de que ouvir significa obter a concorrência, que por sua vez deve ser expressa para não restar dúvidas de que assim foi manifestada. Esta é a melhor forma de interpretar o dispositivo constitucional, pois é a que mais compatibiliza com as Garantias Magnas Indigenistas.’¹

.....
Nesse sentido, confira-se o decisum prolatado nos autos do AG 2001.01.000.306075, no qual o ilustre Relator ALEXANDRE MACHADO VASCONCELOS pontifica que ‘O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto

¹ Direito Indigenista Brasileiro – São Paulo: LTr, 1996, pg. 57.



ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.' ” (fls. 1.101/2)

A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à FUNAI a qual poderá emitir parecer sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é intuito personae.

Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos.

A audiência às comunidades faz-se na área que será afetada. Uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região. Esta é a coisa certa a se fazer.

Momento da oitiva: a consulta é prévia.

Nesse aspecto, a ausência da norma expressa na Constituição Federal sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito.

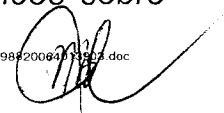
A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

Dalmo Dallari, no Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio (Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990), quanto ao momento da consulta prevista no § 3º do art. 231 da CF/88, faz observações inteiramente pertinentes a hipótese sub judice:

“Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para se ter uma informação irrelevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar uma decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação, é na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto da mineração ou da construção de hidroelétrica, será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão de autorização”.

Sendo a oitiva das comunidades afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização do DL 788/2005. Não se autoriza para depois se consultar. Ouve-se os indígenas e depois autoriza-se, ou não, a obra.

O impacto do empreendimento deve ser estudado em laudo antropológico prévio à autorização. Os estudos antropológicos sobre



as comunidades indígenas e ribeirinhos são o meio apropriado para o Parlamento examinar as consequências da autorização, prevenção de impactos, comparação e mitigação dos danos. No particular o ônus é do construtor e isto deve constar do decreto legislativo ab initio, dispondo sobre o que, quem, quando e como serão diminuídas as consequências nefastas.

O laudo antropológico deve ser submetido ao Congresso pelos interessados antes de autorização, a qual não é genérica, mas específica quanto à situação dos índios e não índios que serão afetados.

O mesmo raciocínio se aplica ao estudo de impacto ambiental. Há notícias de que o IBAMA tornou público haver recebido o EIA-RIMA do empreendimento em maio de 2009, enviado pela ELETROBRÁS.

Antes de autorizar a UHE Belo Monte, o Congresso necessita de dados essenciais para saber os danos ambientais que ocorrerão e as soluções para se atenuar os problemas que certamente uma hidroelétrica no meio de um grande rio trará.

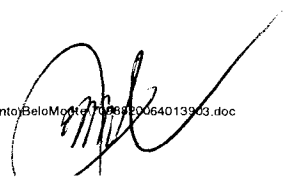
O estudo de impacto ambiental circunstanciado deveria ter sido encaminhado ao Congresso Nacional juntamente com o pedido de autorização para que os Senhores Parlamentares tivessem conhecimento técnico do objeto da decisão política e a extensão do dano. O EIA é essencial no caso porque os índios são dependentes do equilíbrio ecológico para sobreviverem. O Congresso autorizou sem a previsão dos impactos na região e sem avaliar a dimensão dos danos e benefícios do projeto da UHE Belo Monte. Em resumo faltaram ao Congresso informações científicas relevantes para a autorização e para dispor sobre as medidas reparatórias.

A consulta prévia segundo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

Invoca o Ministério Público Federal, ora apelante, o descumprimento por parte do Estado brasileiro, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência. A referida Convenção é o instrumento internacional mais antigo que cuida em particular dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. É também o principal instrumento internacional destinado a proteger os direitos dos povos indígenas e tribais eis que lhes garante decidir sobre suas prioridades em relação ao processo de desenvolvimento nos países onde estão localizados.

Ao adotar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, a 76ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, junho de 1989) observou que em muitos lugares do mundo esses povos não usufruíam dos mesmos direitos que o resto da população.

Dentre as regras da Convenção 169 da OIT que são invocados pelo autor ministerial, ora apelante, ressaltem-se as seguintes, no que concerne a presente demanda:



- a) o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas;
- b) o direito de participação dos povos indígenas, pelos menos da mesma maneira assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetam;
- c) o direito dos povos indígenas decidirem suas prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implantação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que lhes afetem diretamente.

Dispõe a citada Convenção nos seus artigos 6º e 7º, in verbis:

“Artigo 6º

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

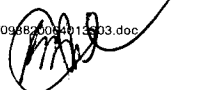
- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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

Artigo 7º

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

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles



moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

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

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

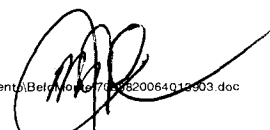
Por sua vez, o artigo 7º da Convenção 169 da OIT determina aos governos dos Estados que possuam em seus territórios populações indígenas ou tribais que procedam a consultas para que esses povos tenham o direito de dizer o que compreendem do projeto e para que possam ter alguma influência no processo de tomada de decisões sobre medidas que os afetem.

Desde 2003, o Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a implementar a mencionada Convenção, pois a ratificou mediante Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, publicado no D.O.U. de 20 de junho de 2002 e, posteriormente, a promulgou num dia cheio de simbolismo – o dia do Índio, por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, DOU de 20 de abril de 2004. O Brasil adotou as proposições de natureza obrigatória para os países signatários, com a finalidade de orientar os Estados em questões de direitos indígenas e tribais.

Tendo em vista que a citada Convenção é pouco conhecida na comunidade jurídica nacional e também pelo fato de causar espécie que a Organização Internacional do Trabalho venha a tratar de matéria relativa a direitos de povos indígenas e tribais, alguns esclarecimentos se fazem necessários sobre o histórico da Convenção 169.

Ocorre que em 1921, a OIT procedeu a um trabalho de pesquisa sobre as condições das populações indígenas e tribais em diferentes países no que tange ao aspecto estritamente trabalhista. Em 1926, este órgão das Nações Unidas instituiu uma Comissão Permanente de Peritos que esclareceu à OIT sobre as condições de trabalho de trabalhadores indígenas e tribais no mundo, o que deu ensejo ao surgimento da Convenção 29 sobre Trabalho Forçado ou em Situação Análoga a de Escravo.

Em verdade, o século XX assistiu, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, gradual desenvolvimento em matéria de proteção às populações indígenas e tribais. A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes é o resultado desse esforço para os Direitos Humanos alcançasse as populações tradicionais mundiais.



Neste contexto, requereu o Ministério Público Federal, ora apelante, a aplicação das regras da Convenção 169 da OIT porque, com a sua ratificação pelo Congresso Nacional, as regras internacionais passaram a ser normas internas brasileiras. O direito de consulta das populações indígenas, no Brasil, foi incorporado à legislação nacional e agora tem a mesma hierarquia das normas constitucionais.

A Emenda Constitucional 45, que acrescentou o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos são equivalentes às emendas à Constituição”.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo as referidas convenções internacionais qualificação constitucional (HC 87585 – Pleno, DJE de 26/26/2009).

Temos, portanto, de um lado, o direito das comunidades indígenas de serem ouvidas quando houver proposta de atividade econômica em suas terras, ex vi do artigo 231, parágrafo 3ª, da Constituição Federal de 1988, onde também consta a previsão da necessidade do Congresso Nacional autorizar a exploração de recursos minerais e do potencial energético em terras dessas populações.

De outra parte, tem-se o direito de consulta, incorporado no ordenamento jurídico nacional com a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção 169 da OIT.

Conferir eficácia ao direito de consulta ou oitiva das nossas comunidades indígenas é um imperativo para o Estado brasileiro e para as comunidades envolvidas posto que a necessidade de desenvolvimento do país e o aumento de suas matrizes energéticas exigirão que se estabeleça, desde logo, um modelo de consulta que evite a insegurança das referidas comunidades, a violação da ordem jurídica e dos direitos humanos de minorias.

O avanço da fronteira agrícola, a crescente necessidade de construção de hidrelétricas e de exploração de recursos minerais tornam urgente o enfrentamento das questões suscitadas pela Convenção 169 da OIT.

Conquanto o tema da presente lide seja exploração de potencial energético com influência em terras indígenas, o problema da oitiva das comunidades ou sua consulta prévia é exigência que também se faz presente quanto à exploração de recursos minerais em território ocupado por índios. Nas duas hipóteses o país terá que se debruçar sobre o problema da consulta e resolvê-lo.

Inclusive, a questão da regulação da atividade minerária em território indígena não é novo. No Congresso Nacional há várias proposições sobre a mineração em terras indígenas que buscam estabelecer regras para a pesquisa e lavra, definindo percentual de participação aos povos indígenas nos resultados obtidos com a lavra e utilização do solo.



Em artigo denominado "Mineração em Terras Indígenas" da autoria de Ricardo Verdum (verdume@inesc.org.br), revela a atualidade do assunto da regulamentação da atividade minerária nos territórios indígenas no Brasil, conforme se lê no trecho abaixo transcrito:

"O conflito armado ocorrido em abril de 2004 na Terra Indígena Rossevelt (RO), envolvendo guerreiros cinta-largas e garimpeiros, que resultou na morte de 29 garimpeiros, foi o estopim para que o tema da regulamentação da atividade minerária nos território indígenas ganhasse um novo fôlego, particularmente pelo seu potencial econômico-financeiro.

Na Câmara dos Deputados foi criado em março de 2005 uma Comissão Especial para discutir o tema, que adotou o PL 1.610-A de 1996, de autoria do Senador Romero Jucá, como referência. O tema também passou a ser objeto de discussão formada pelo Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, os Ministérios da Justiça e de Minas e Energia, a Fundação Nacional do Índio e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), com a incumbência de preparar e discutir com lideranças indígenas um anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional.

O denominado Anteprojeto de Lei de Mineração em Terras Indígenas, apresentado em versão preliminar pelo governo federal na 1ª Conferência Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI, abril de 2006), é resultado desse processo no âmbito do Executivo federal. De lá para cá pelo menos duas novas versões vieram a público. Ao que nos consta, a versão atual do Anteprojeto continua em discussão na referida comissão.

Em reunião do presidente da FUNAI (o antropólogo Mércio Meira) com as entidades e organizações indígenas integrantes do Fórum de Defesa dos Direitos Indígenas (FDDI), no último dia 5 de abril, ele nos informou de que estaria solicitando ao Ministério da Justiça que o processo fosse encaminhado ao órgão para nova análise.

Há de se destacar que a regulamentação da atividade não é uma vontade unilateral do Governo, mas também encontra eco em setores do movimento indígena brasileiro (digamos) mais integrado no sistema de valores e relações de mercado. Na região do Alto Rio Negro, por exemplo, o tema é objeto de polêmicas mesmo dentro da Foirn; entre os Cinta-Larga há também posições favoráveis, alguns claramente posicionados a favor de um arranjo com grupos de garimpeiros e mineradoras. A mineração em territórios indígenas não é uma discussão fácil e certamente vamos encontrar posicionamentos bastante contrativos na comunidade de antropólogos. Assim, penso que a ABA deva entrar com muita calma e cautela, atenta às minúcias, e municiada do acúmulo já desenvolvido no âmbito disciplinar."

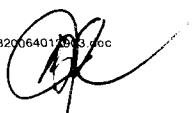
Por conseguinte, antes que a mineração em terras indígenas tenha lugar e a construção de usinas hidrelétricas torne-se rotineira na Amazônia, há que se ter um marco procedimental para a oitiva das comunidades, vez que precisarão saber os impactos dessas atividades econômicas, ecológicas e sociais em suas terras. O país não pode evitar abordar a questão de quem, como, onde se faz a oitiva das comunidades indígenas, segundo dispõe a Constituição da República e as normas internacionais que o Brasil fez integrar em seu ordenamento jurídico.

Quanto a isso, as prescrições da Convenção 169 da OIT, além de vinculantes, podem ser de enorme valia na construção interna desse modelo de processo de consulta das populações indígenas. Assim é porque um aspecto relevante da Convenção é o capítulo sobre terras indígenas e tribais. A Convenção reconhece a relação especial que os indígenas têm para com as terras e territórios que ocupam ou utilizam de alguma maneira e, em particular, os aspectos coletivos desta relação. É reconhecido o direito de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Os direitos dos povos indígenas e tribais existentes em suas terras devem ser protegidos.

Fundamenta-se, assim, a consulta no direito que têm as populações indígenas e tribais de decidir suas prioridades no que tange ao seu desenvolvimento, na medida em que atos legislativos e administrativos afetem sua sobrevivência. Segundo prescrições da Convenção 169 da OIT, inseridas no nosso ordenamento jurídico em nível de norma constitucional, a consulta prévia (artigo 6º) e a participação (artigo 7º), constituem direito fundamental que têm os povos indígenas e tribais de poder decidir sobre medidas legislativas e administrativas, quando o Estado permite a realização de projetos. A intenção é proteger a integridade cultural, social e econômica além de garantir o direito democrático de participação nas decisões que afetam diretamente essas populações tradicionais.

O Centro Internacional para Direitos Humanos e Desenvolvimento da Organização Internacional do Trabalho considera que apenas quando o processo de consulta prévia concede as comunidades interessadas a real oportunidade de manifestar sua vontade e influir na tomada da decisão é válida a oitiva. O diálogo deve servir para que as populações tradicionais participem das decisões que de fato tenham a ver com o seu desenvolvimento. Nesse sentido é que se afirma que a consulta não é uma simples reunião, mas um processo que juntamente com a participação das comunidades indígenas e tribais interessadas negociam com o Estado suas propostas e intenções. É por esse motivo que se afirma que a consulta prévia não é um único encontro, nem um fim em si mesmo, é apenas um instrumento de diálogo. Antes de tudo, o lugar de reflexão e avaliação da medida legislativa ou administrativa proposta pelo governo há de ser discutida primeiro na própria comunidade, informada dos aspectos do projeto e seus efeitos na vida da tribo.

É relevante salientar que a possibilidade de participação da comunidade está relacionada à informação prévia como o



empreendimento a atingirá. Daí que se pode ainda afirmar que todo o processo de participação é essencialmente um direito de informação. A informação que se dá a comunidade atingida também não é um fim em si mesmo, pois é instrumento, como a própria consulta, para um processo de negociação. Todavia, ela é importantíssima vez que importará em ajudar na tomada de decisões pela população indígena ou tribal. A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decisão a respeito do que significa a informação no processo de consulta e como ela deve ser levada aos povos tribais para fomentarem suas reflexões:

“Primeiro, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka em los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, com dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra p.rr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizar-se de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad com sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no unicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurar-se que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales el pueblo Saramaka para la toma de decisiones”. (Grifos nosso). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007).

Não pode deixar de ser dito que a Convenção 169 da OIT adotou o princípio da boa-fé que deve presidir todo o processo de consulta prévia. Nos termos das proposições da Convenção, boa-fé significa, dentre outras coisas, que as informações prestadas às populações tribais não podem ser distorcidas, que a comunidade não pode ser manipulada e consulta não pode ser levada a cabo somente depois de tomada a medida legislativa ou administrativa, eis que em tal hipótese tem por única e exclusiva finalidade legitimar decisões já tomadas pelo Estado e desfavoráveis à comunidade indígena ou tribal.

Como já vimos, as regras do artigo 6º da Convenção instituíram a obrigação do Estado incorporar a denominada consulta prévia ao procedimento legislativo ou administrativo quando da edição de medidas autorizando ou permitindo a exploração de recursos naturais

em terras indígenas. No citado artigo, a consulta prévia deve atender a requisitos mínimos para ser considerada válida, nos termos da Convenção 169 da OIT. As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc; 4) a informação quanto ao procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas , ações mitigadoras e reparadoras dos danos causados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado. No caso brasileiro, no ato do Congresso Nacional que autoriza a construção ou empreendimento.

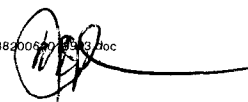
Tal mecanismo de participação é um direito internacional e constitucional coletivo a um processo de caráter público especial e obrigatório que deve ser realizado previamente, sempre que se vai adotar, decidir ou executar alguma medida legislativa ou administrativa possível de afetar as formas de vida dos povos indígenas em seus aspectos territorial, ambiental, social, econômico e outros aspectos que incidam em sua integridade étnica.

O momento adequado para se proceder à consulta das comunidades indígenas é antes da votação da matéria nas comissões técnicas do Congresso. O parlamentar relator do projeto de decreto legislativo pode ser o responsável para presidir o procedimento de consulta, o que requer, já vimos também, uma pré-consulta com as lideranças indígenas para se escolher as entidades representativas da comunidade no processo e também para ser avaliar a forma mais adequada para a realização da oitiva. Na execução da pré-consulta e na consulta a colaboração da FUNAI e do IBAMA é relevante.

Finda a consulta, o relator do projeto de decreto legislativo insere em seu informe as questões suscitadas pelas organizações indígenas, suas lideranças, representantes e, de maneira fundamentada, coloca na exposição de motivos as propostas da comunidade indígena incluídas e as excluídas da futura medida legislativa, tendo em vista também as conclusões do EIA/RIMA.

Segundo já afirmei neste voto, o legislador constituinte tornou o Congresso Nacional o guardião das condições de sobrevivência das comunidades indígenas, quando da possibilidade de instalação de empreendimentos no habitat de suas populações. Se a autorização do Congresso para exploração de potenciais energéticos se dá na primeira fase, isto é, antes de ser apresentado o EIA/RIMA não se terá condições materiais de se fazer um exame preciso e real das alterações das condições de vida das comunidades que serão afetadas.

O EIA/RIMA também tem que ser elaborado antes da consulta prévia pelo motivo de que a comunidade atingida com o



empreendimento tem que ser informada de que forma será afetada, os impactos, os danos, as possibilidades de ação mitigadora e reparadora e assim iniciar o seu diálogo com o Estado nacional. A autorização dada pelo Congresso sem o conhecimento prévio dos impactos de médio e longo prazos sobre determinada população, é antes de tudo um ato temerário.

No que diz respeito ao trabalho empreendido pela FUNAI e pelo IBAMA junto às comunidades objetivando o Executivo suprir, a posteriori, a omissão do Congresso Nacional, nota-se que, de fato, foi feito um grande esforço para que as comunidades tivessem informação do projeto de construção do AHE de Belo Monte.

Esta afirmação se faz com base na apresentação em audiência pública realizada neste Tribunal Regional Federal, no dia 04 de julho de 2011, das 14 às 20 horas na qual representantes da FUNAI, IBAMA, Ministério das Minas e Energia - MMA, ELETRONORTE e o empreendedor procuraram, na medida do tempo disponível, esclarecer o que o Executivo realizou em termos de levar esclarecimento à população local da cidade de Altamira, além da informações às comunidades indígenas, próximas à cidade e na bacia do rio Xingu.

Em memorial, a FUNAI juntou fotos, vídeos e cópias de atas de todas as visitas feitas na região. Considerando os precedentes de como foram levadas a cabo a construção de outras usinas hidrelétricas no país, inclusive de casos que deram ensejo a ações judiciais de comunidades indígenas que ficaram desamparadas, a construção do AHE de Belo Monte revela que o Estado brasileiro já evoluiu no que tange ao direito dos povos indígenas envolvidos.

Demonstração dessa afirmação que reconhece o esforço da Administração em suprir a omissão inicial do Congresso Nacional no quesito informação é o conteúdo dos documentos, que

Em 1º de agosto de 2011, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI requereu a juntada de documentos referentes ao processo de oitiva das comunidades indígenas. Os documentos totalizaram cinco volumes, que determinei que fossem juntados por linha aos autos.

Segundo os critérios da FUNAI (Informação nº 364/Coordenação de Meio Ambiente - CMAM/Coordenação Geral de Patrimônio Indígena e Meio Ambiente – CGPIMA de 04/12/2007) e levando-se em consideração o passivo psico-social dos processos de licenciamento anteriores, os grupos indígenas foram divididos em três;

- 1º grupo – indígenas afetados diretamente pelas obras: Terras Indígenas Paquiçamba, Arara da Volta Grande do Xingu (ou Maia), Juruna do Km 17 (terra indígena em identificação) e Trincheira Bacará;

- 2º grupo – terras indígenas no leito do rio Xingu e que tem uma relação étnica/territorial com o rio e a região: Terras Indígenas Kararaô, Araweté do Igarapé Ipixuma, Koatinemo, Cachoeira Seca, Arara e Apiterewa;

- 3º grupo – terras indígenas que ainda detém o passivo psico-social do projeto Kararaô: Terras Indígenas Kayapó da margem direita do Xingu (incluindo os Xicrin)

É o seguinte o conteúdo da referida documentação:

a) reuniões realizadas em dezembro de 2007 (descrição: definição do termo de referência e plano de comunicação):

- 18.12.2007 – Reunião na TI Paquiçamba
- 19.12.2007 — Reunião na TI Arara da Volta Grande
- 20.12.2007 — Reunião na TI em identificação Juruna do KM 17

Documentos acostados:

- (i) Relatório da Vistoria Inicial nas Terras Indígenas;
- (ii) Informação n° 364/07, de 04.12.2007, da FUNAI (“Subsídios à Coordenadora Geral sobre o Processo n° 2339/2000 AHE Belo Monte”);
- (iii) Ofício da CNEC, de 29.01.2008 (“Reuniões junto às Terras Indígenas para embasamento de Termo de Referência da FUNAI para o empreendimento AHE Belo Monte”);
- (iv) “Reunião FUNAI 17 a 20 de dezembro de 2007” — Relatório de Visitas às Tribos Indígenas;
- (v) Fotos das Aldeias Paquiçamba, Arara da Volta Grande do Xingu e Grupo Juruna KM 17; e
- (vi) Vídeo.

b) reuniões realizadas em agosto de 2008 (descrição: apresentação da equipe técnica multidisciplinar e do plano de trabalho, solicitando anuência das comunidades para levantamento de dados primários pelos profissionais):

- 12.08.2008 — Reunião na TI em identificação Juruna KM 17
- 13.08.2008 — Reunião TI Arara da Volta Grande do Xingu
- 14.08.2008 — Reunião TI Paquiçamba

Documentos acostados:

- (i) Ofício n° 428, de 26.08.2008, da FUNAI, referente ao Componente Indígena da UHE Belo Monte; e
- (ii) Informação n° 258, de 28.08.2008, da FTJNAI, referente às Reuniões de início dos estudos (Componente Indígena do licenciamento da UHE Belo Monte).

c) reuniões realizadas em outubro de 2008 (descrição: continuidade do plano de comunicação e de elaboração do termo de referência):

- 28.10.2008 — Reunião na Aldeia Bacajá
- 29.10.2008 — Reunião na Aldeia Mrotidjãm
- 30.10.2008 — Reunião na Aldeia Patylcrô (com a presença de índios da aldeia Pakayaca) -

Documentos acostados:

- (i) Relatório da Vistoria Inicial na Terra Indígena Trincheira Bacajá;
- (ii) Programação da Reunião da FUNAI entre 27 e 31.10.2008 na Terra Indígena Trincheira Bacajá;
- (iii) Informação n°349/08, datada de 13.10.2008, da FUNAI solicitando o deslocamento de servidores para o acompanhamento das Reuniões realizadas na Terra Indígena Trincheira Bacajá;
- (iv) Fotos; e

(v) Vídeos.

d) reuniões realizadas em março de 2009 (descrição: continuidade do plano de comunicação e de elaboração do termo de referência — visita às 6 TIs do Grupo II):

- 17.03.2009 - TI Kararaô e TI Arara
- 19.03.2009 - TI Cachoeira Seca (Aldeia Iriri)
- 19.03.2009 - TI Arara (Aldeia Arara)
- 21.03.2009 - TI Araweté (Aldeia Ipixuna)
- 21.03.2009 - TI Araweté (Aldeia Araweté)
- 23.03.2009 - TI Apyterewa

Documentos acostados:

(i) Memorando n° 127/09, datado de 13.03. 2009, solicitando o deslocamento de servidores para o acompanhamento das Reuniões realizadas nas mencionadas Terras Indígenas;

(ii) Fotos; e

(iii) Vídeos.

e) reuniões realizadas em maio de 2009 (descrição: reuniões de apresentação dos estudos e parecer prévio da FUNAI nas Comunidades Juruna do KM 17, Paquiçamba e Arara da Volta Grande):

- 11.05.2009 — Reunião Juruna KM 17
- 12 e 13.05.2009 — Reunião TI Paquiçamba
- 13 e 14.05.2009 — Reunião TI Arara da Volta Grande
- 15 e 16.05.2009 — Reunião TI Trincheira do Bacajá
- 17.05.2009 — Reunião TI Apyterewa
- 18 e 19.05.2009 — Reunião TI Araweté (3 aldeias)
- 20.05.2009 — Reunião TI Koatinemo
- 21.05.2009 — Reunião TI Kararaô
- 21.05.2009 — Reunião TI Arara
- 22.05.2009 — Reunião TI Cachoeira Seca

Documentos:

(i) Relatório denominado "Audiências Indígenas";

(ii) Informação n° 190/09, de 30.04. 2009, solicitando o deslocamento de servidores para o acompanhamento das Reuniões realizadas nas Terras Indígenas existentes em Altamira/PA;

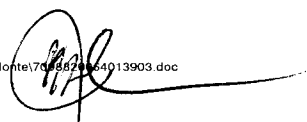
(iii) Memorando n° 278/09, de 04.05.2009, solicitando o deslocamento de servidores para o acompanhamento das Reuniões realizadas nas Terras Indígenas;

(iv) Ofício n° 296/09, datado de 24.06.2009, da FUNAI, fornecendo informações a respeito dos Relatórios dos Componentes Indígenas.

(v) Listas de Presença das reuniões realizadas no Grupo Juruna KM 17, TI Paquiçamba e TI Arara da Volta Grande; e

(vi) Fotos e Vídeos das reuniões.

f) reuniões realizadas em agosto e setembro de 2009 (descrição: apresentação de estudos):



- 19.08.2009 — Juruna Km 17
- 20.08.2009 — TI Trincheira do Bacajá
- 22.08.2009 — TI Apyterewa - OK
- 23.08.2009 — TI Araweté Igarapé Ipixuna — Aldeia Ipixuna
- 23.08.2009 — TI Araweté Igarapé Ipixuna — Aldeia Pakanã
- 24.08.2009 — TI Arawatá Igarapé Ipixuna — Aldeia Juruã
- 25.08.2009 — TI Koatinemo
- 26.08.2009 — TI Kararaô
- 26.08.2009 — TI Arara
- 27.08.2009 — TI Cachoeira Seca
- 18.08.2009 e 02.09.2009 — TI Paquicamba
- 02.09.2009 — TI Arara da Volta Grande do Xingu;

Documentos:

- (i) Atas;
- (ii) Fotos; e
- (iii) Vídeos.

g) audiências públicas realizadas de 10 a 15 de setembro de 2009:

- 10.09.2009 — Brasil novo
- 12.09.2009 — Vitória do Xingu
- 13.09.2009 — Altamira
- 15.09.2009 — Belém

Documentos acostados:

- (i) Atas;
- (ii) Listas de presença; e
- (iii) Vídeos.

h) reuniões realizadas em setembro de 2010 (descrição: resumo das ações executadas e do empreendedor)

- 09.09.2010 - reunião com lideranças indígenas em Altamira;
- 10.09.2010 - reunião com lideranças indígenas e Norte Energia em Altamira;

Documento acostado:

- (i) Atas das reuniões

i) reunião realizada em janeiro de 2011 (descrição: reunião com lideranças indígenas na Casa do Índio/Altamira para início de discussão do PBA componente indígena)

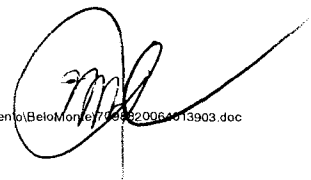
Documentos:

- (i) Ata da reunião;
- (ii) Vídeo;

j) oficina de trabalho realizada em fevereiro de 2011 (descrição: oficina realizada de 21 a 25.02.2011 na Funai/DF com as lideranças indígenas para elaboração do Projeto Básico Ambiental - PBA do componente indígena)

Documentos:

- (i) Relatório;



- (ii) Fotos; e
(iii) Vídeos

k) reuniões realizadas em abril e maio de 2011 (descrição:
apresentação do Projeto Básico Ambiental - PBA

k.1 - ROTA IRIRI:

<i>Terra Indígena</i>	<i>Aldeia</i>	<i>Data</i>
Arara	Laranjal	17/04/2011
Cach. Seca	Kojubim	28/04/2011
	Cach. Seca	29/04/2011
Xipaya	Tukamã	30/04/2011
	Tukaya	01/05/2011
Kuruaya	Cajueiro	02/05/2011

<i>Localidade</i>	<i>Público – alvo</i>	<i>Data</i>
Altamira/PA	Indígenas citadinos	06/05/2011
Altamira/PA	Indígenas citadinos	07/05/2011

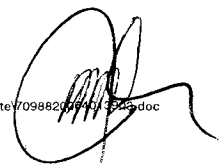
k.2 – ROTA XINGU:

<i>Terra Indígena</i>	<i>Aldeia</i>	<i>Data</i>
Apyterewa	Apyterewa	27 e 28/04/2011
	Xingu	28/04/2011
	Kwaraya-pya (Raio de Sol)	28/04/2011
Araweté/Igarapé	Paratatin	29/04/2011
Pixuna	Juruàti	30/04/2011
	Ta'akati	30/04/2011
	Pakanã	02/05/2011(manhã)
	Ipuxuna	02/05/2011 (tarde)
	Aradity	03/05/2011
Koatinemo	Koatinemo	04/05/2011
Kararaô	Kararaô	05/05/2011

<i>Localidade</i>	<i>Público – alvo</i>	<i>Data</i>
Ilha da Fazenda	Ribeirinhos	08/05/2011

k.3 – ROTA BACAJÁ:

<i>Terra Indígena</i>	<i>Aldeia</i>	<i>Data</i>
Juruna Km 17		09/05/2011
Arara Volta Grande		29/04/2011
TI Bacajá	Pukayaka	30/04/2011
	Bacajá	05/05/2011
	Kamoktiko	02/05/2011
	Mrotidjan	06/05/2011



	Potkro	02/05/2011
	Puto-ko	04/05/2011
TI Paquiçamba	Muratu	28/04/2011
	Paquiçamba	27/04/2011

*Documentos;
Resumo Reuniões Rota Iriri;
Atas de Reuniões Rota Iriri;
Fotos Rota Iriri;
Resumo Reuniões Rota Xingu;
Atas de Reuniões Rota Xingu;
Fotos Rota Xingu; e
Atas de Reuniões e Fotos Rota Bacajá*

Tudo visto e examinado, o que restou provado nestes autos é que a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou o regramento da norma constitucional, pois se decidiu pela autorização da obra sem que fosse ouvida as comunidades que serão atingidas, principalmente aquelas duas que se localizam na Volta Grande do Xingu que poderão ficar sem água ou com água insuficiente.

O Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a aplicar a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, mas no caso em exame, a desconsiderou. As diversas reuniões levadas a efeito pelo órgão responsável pela política indigenista, a FUNAI, o órgão ambiental, o IBAMA, tiveram objetivo de informar às comunidades a decisão do Congresso e suas repercussões na localidade isto é, foram encontros para esclarecimento e informação aos povos da bacia do Rio Xingu, mas não se deu o processo de diálogo previsto no artigo 6º nem a participação prevista no artigo 7º da Convenção 169 da OIT. O procedimento legislativo que conduziu a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou também as prescrições do artigo 6º da referida Convenção e uma prova do fato é a inexistência em seu texto das ações mitigadoras e reparadoras para os danos da região, principalmente da Volta Grande do Xingu, como resultado de um processo de diálogo com os atingidos. Nada há nos autos que comprove que as manifestações das comunidades indígenas atingidas de alguma forma influiu na medida legislativa, ainda que diga respeito apenas às medidas mitigadoras.

(...)

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para reformar a sentença e considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, em interpretação conforme a Constituição e violar os artigos 6º e 7º da Convenção 169 da OIT tornando sem efeito o licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte – AHE Belo Monte” (fls. 1848/1865).

Por sua vez, o voto vencedor, da lavra do Desembargador Federal Fagundes de Deus, examinou a questão, com estes fundamentos:

“(…)

O voto da Relatora, bastante esclarecedor sobre todo o contexto da causa, teve o cuidado e a preocupação de proceder a um retrospecto histórico dos fatos relativos ao empreendimento e fazer uma ampla, proficiente e segura abordagem jurídica acerca da res in judicio deducta.

À vista, porém, do que dispõe o art. 460 do CPC, depreende-se que o Julgador está adstrito à análise das questões objeto da controvérsia traçada pelas partes, motivo pelo qual passo a expender meu voto nos limites do pedido e das causas de pedir, na convicção de que “a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada” (CPC, art. 515).

Em primeiro plano, importa aferir o alegado desrespeito aos preceitos fundamentais descritos nos artigos 170, VI, e art. 231, § 3º, ambos da Lei Maior, por falta de consulta às comunidades afetadas. No ponto, ainda que a posição da Relatora esteja revestida de razoabilidade, releva considerar que a questão já foi alvo de expresse pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, a quem compete deliberar, portanto, acerca de matéria de índole constitucional (alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005). O provimento a que me refiro consubstancia-se na decisão proferida pela então Presidente, Ministra Ellen Grace, quando do julgamento da Suspensão de Liminar n. 125/2006, requerida pela União, que, na oportunidade assim salientou:

A União, com fundamento nos arts. 25 da Lei 8.038/90, 4º da Lei 8.437/92 e 267 do RISTF, requer a suspensão da execução da decisão (fls. 475-480), proferida pela Relatora do Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual, ao conceder efeito suspensivo ao citado recurso, sustou os efeitos do decisum de fls. 377-413 que, por sua vez, revogara liminar anteriormente deferida (fls. 164-169) nos autos da Ação Civil Pública 2006.39.03.000711-8, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a Vara Federal de Altamira/PA.

[...].

Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada na ação civil pública e no agravo de instrumento em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, porque teria ofendido os arts. 170, VI e 231, § 3º da Constituição da República (petição inicial: fls. 81-99; decisão impugnada: fls. 475-480 e acórdão: fls. 527-544).

Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-Agr, rel.

rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5.5. Passo ao exame do mérito do presente pedido de suspensão de decisão. Assevero, todavia, que a decisão monocrática impugnada pela requerente na inicial encontra-se superada, tendo em vista o julgamento meritório, em 13.12.2006, pela 5ª Turma do TRF da 1ª Região, do AI 2006.01.00.017736-8/PA (acórdão, fls. 527-544), bem como manifestação de subsistência parcial de interesse na apreciação do presente feito formulada pela União à fl. 524. Limitar-me-ei, portanto, a estas novas balizas processuais. Desse modo, para melhor compreensão da matéria, transcrevo os seguintes trechos do Decreto Legislativo 788/2005 e do dispositivo do voto da relatora proferido no agravo de instrumento, cujo acórdão ora se impugna:

Decreto Legislativo 788/2005:

"O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado 'Volta Grande do Xingu', localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I - Estudo de Impacto Ambiental - EIA;

II - Relatório de Impacto Ambiental - Rima;

III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e
IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

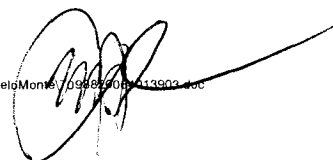
Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte." (fl. 268)

Dispositivo do voto-condutor proferido no AI 2006.01.00.017736-8/PA:

'CONCLUSÃO:

Como consequência dessa decisão, dou parcial provimento ao agravo para o efeito de:

a) considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, por violação ao § 3º do art. 231 da CF/88;



- b) proibir ao IBAMA que faça a consulta política às comunidades indígenas interessadas, pois esta é competência exclusiva do Congresso Nacional, condicionante do poder de autorizar a exploração de recursos energéticos em área indígena;
- c) Permitir a realização do EIA e do laudo antropológico que deverão ser submetidos à apreciação do Parlamento.

É como voto.' (fl. 540-v)

A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar ou de acórdão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

[...]. No presente caso, porque se discute fundamentalmente, nos 1º e 2º graus de jurisdição, a constitucionalidade ou não do Decreto Legislativo e as conseqüências dessa declaração - sendo este também o fundamento precípua da requerente para sustentar a ofensa à ordem e à economia públicas - torna-se necessário o proferimento do citado juízo mínimo de deliberação meritório.

Assim, considero o acórdão impugnado ofensivo à ordem pública, aqui entendida no contexto da ordem administrativa, e à economia pública, quando considerou inválido, neste momento, o Decreto Legislativo 788/2005 e proibiu ao IBAMA que elaborasse a consulta política às comunidades interessadas; faço-o mediante os seguintes fundamentos:

a) o Congresso Nacional, em 13 de julho de 2005, aprovou o decreto legislativo em questão, no legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva (art. 49, XVI, da Constituição da República). É relevante, pois, a plena vigência desse ato legislativo. Não consta dos autos, até a presente data, notícia de sua revogação. Quanto à eficácia, frise-se que o Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 2005, ao julgar a ADI 3.573/DF (rel. para acórdão Ministro Eros Grau, DJ 19.12.2005), que tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do mencionado decreto legislativo, não conheceu da citada ação direta de inconstitucionalidade;

b) analisando os termos do supracitado decreto legislativo (arts. 1º e 2º), evidencia-se caráter meramente programático no sentido de autorizar ao Poder Executivo a implantação do "Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte" em trecho do Rio Xingu, localizado no Estado do Pará, "a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários".

Por isso que considero, neste momento, prematura e ofensiva à ordem administrativa, decisão judicial que impede ao Poder Executivo a elaboração de consulta às comunidades indígenas.

[...].

c) no que concerne à alegada violação ao art. 231, § 3º, da CF, e considerando os termos do retrotranscrito dispositivo do voto-condutor do AI em questão, assevere-se que o art. 3º do Decreto Legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento e, se aprovados pelos órgãos competentes, permitirão que o Poder Executivo adote as medidas previstas em lei objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico em apreço. Esses estudos estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal. Sobreleva, também, o argumento no sentido de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas.

Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, § 3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento;

d) é também relevante o argumento no sentido de que a não-viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União;

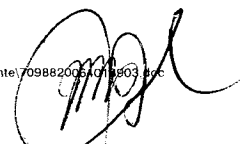
e) a proibição ao Ibama de realizar a consulta às comunidades indígenas, determinada pelo acórdão impugnado, bem como as consequências dessa proibição no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país, parece-me invadir a esfera de discricionariedade administrativa, até porque repercute na formulação e implementação da política energética nacional.

[...].

7. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, defiro o pedido para suspender, em parte, a execução do acórdão proferido pela 5ª Tuma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA(fl. 527-544), para permitir ao Ibama que proceda à oitiva das comunidades indígenas interessadas. Fica mantida a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico, objeto da alínea "c" do dispositivo do voto-condutor (fl. 540-v).

Comunique-se.

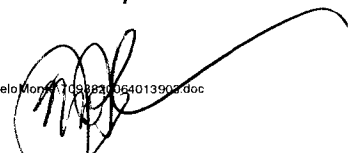
Ao exarar, assim, a sua decisão, transitada em julgado, o Pretório Excelso assegurou o prosseguimento do processo de licenciamento da obra em questão, em função da qual — e é necessário proclamar — já foram despendidos consideráveis recursos públicos, além de



múltiplas e diversificadas ações, medidas e providências pela Administração, bem como, por parte do empreendedor.

Destaquem-se as questões que foram objeto de expressa e incontestável deliberação pela Sra. Ministra então presidente do STF, a saber: a) considerou o acórdão desta Quinta Turma ofensivo à ordem pública, entendida esta no contexto da ordem administrativa, e à economia pública, no ponto em que este Órgão Colegiado considerou inválido o decreto legislativo 788/2005 e proibiu ao IBAMA que elaborasse a consulta política às comunidades interessadas; b) expendendo sua fundamentação, ingressou no terreno de mérito, afirmando, com todas as letras, que o Decreto legislativo em questão foi aprovado pelo Congresso Nacional, no legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva, a teor do art. 49, inciso XVI, da Constituição da República; c) afirmou a plena vigência desse ato legislativo; d) sustentou que o STF, em 1º/12/2005, ao julgar a ADI 3.573/DF, não conheceu da mencionada ação direta de inconstitucionalidade; e) considerou, por essas razões, prematura e ofensiva à ordem administrativa o acórdão deste Órgão Judicante, que impediu o Poder Executivo de proceder à elaboração de consulta às comunidades indígenas; f) levou em consideração, à vista da alegada violação ao artigo 231, § 3º, da CF, que o artigo 3º do Decreto legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento, e concluiu que, se aprovados os estudos pelos órgãos competentes, o Poder Executivo poderá adotar as medidas previstas em lei objetivando a implantação do empreendimento hidroelétrico em apreço; g) **teve por certo que os estudos em referência estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal**, pelo que é fora de dúvida que a questão atinente ao pretendo desrespeito pelo Congresso Nacional da norma inscrita no parágrafo 3º do art. 231 da lei Magna ficou, no mínimo, implicitamente afastada; h) ao deliberar acerca do argumento de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades serão afetadas, emitiu pronunciamento inequívoco acerca da necessidade de que as comunidades indígenas fossem ouvidas somente a posteriori; não, porém, conforme sustenta o Autor nesta ação, vale dizer, previamente à autorização congressional; e i) teve, ainda, por relevante, o argumento estatal no sentido de que se não fosse viabilizado o aproveitamento hidroelétrico, naquele momento, haveria o comprometimento do planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região, com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros despendidos pela União.

Observe-se, pelo ora visto e analisado, que a egrégia Presidência do STF enfrentou, sem nenhuma dúvida, a questão essencial, em sua abrangência maior e mais profunda, inclusive sob o aspecto específico



dos efeitos do AHE de Belo Monte no meio ambiente, naquele momento em que exarado o seu pronunciamento.

(...)

É preciso levar em consideração que o Texto Magno consubstanciado no art. 231, § 3º, enuncia dois requisitos prévios para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, quais sejam: autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Não explicita, contudo, a precedência de uma medida sobre a outra. A Carta Constitucional, da mesma forma, não confere ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir as comunidades afetadas, muito menos de forma direta e pessoal por seus representantes. Não se trata, portanto, de delegação de atribuições, até mesmo porque a consulta aos grupos indígenas pode e deve ser realizada por intermédio da FUNAI, a qual possui quadro de pessoal com formação e especialização no trato com essa etnia, e que tem o papel institucional de exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas; bem como formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro (Lei 5.371/67 e Decreto 7.056/2009).

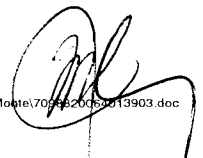
Conforme bem anotado pelo ilustre Julgador de 1º grau, na sentença:

69. Pode-se inferir, através de uma interpretação sistêmica, que o Decreto Legislativo 788/2005 não contraria o disposto no § 3º do art. 231 da CF/88. Este mandamento constitucional não impôs um momento para que as comunidades indígenas sejam ouvidas. Aliás, entendo que a oitiva das comunidades indígenas não é oportuna, neste momento, por um simples fato: não há como consultar as comunidades envolvidas, inclusive as indígenas, sem antes efetuar um estudo de viabilidade/antropológico, que deverá definir quais as comunidades diretamente afetadas, para que então, de posse de dados técnicos, e não casuísticos, possam os interessados se manifestar, o que não impede, obviamente, que todos os seguimentos da sociedade sejam consultados durante os estudos de viabilidade do projeto.

70. Trata-se de observância ao princípio da razoabilidade. Não é razoável se consultar uma população sem oferecer, para análise, dados técnicos, imparciais e oficiais. Não podem as comunidades afetadas possuir no momento da oitiva apenas informações não oficiais e parciais.

[...].

72. Tal raciocínio parte de uma premissa básica: a oitiva das comunidades envolvidas imprescinde dos estudos ambientais (EIA/RIMA). Como ouvir previamente as comunidades se nem se sabe quais serão envolvidas? Como discutir com as comunidades os impactos sócio-ambientais e culturais se não houve estudo de viabilidade?

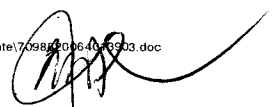


73. Os entrevistadores somente podem ouvir as comunidades indígenas localizadas na área de influência se for definida o que vem a ser tal área e qual o impacto que provavelmente será observado nas diversas partes desta área. Por evidência, os impactos ambientais não serão uniformes em toda a região afetada.

Portanto, a exegese do texto constitucional de que a oitiva das comunidades deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional, e deva ser realizada pessoalmente por seus membros, a par de contrastar com a interpretação já conferida pelo STF sobre o tema, também não me parece, data venia, a melhor.

Acresce observar que o Ministro Marco Aurélio de Mello, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar pedido de suspensão dos efeitos de liminar concedida em outra ação civil pública ajuizada anteriormente, cujo objeto também diz respeito ao aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte (PET. 2604), em decisão publicada no DJ de 12/11/2002, assentou que a autorização do Congresso Nacional para exploração de energia elétrica dos rios em áreas indígenas "deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, a fim de evitar dispêndios indevidos de recursos públicos" (negritou-se). Nesse mesmo sentido, em caso análogo, também já decidiu esta Corte em julgado posterior ((REO 1999.01.00.109279-2/RR, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Conv. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (conv.), Sexta Turma, DJ de 29/01/2007, p.9). Essa compreensão decorre da circunstância de que somente nesses estudos é que serão delimitadas as estratégias do empreendimento, de forma a mitigar os impactos ambientais e definir as efetivas repercussões do projeto, razão por que parece inócua ou de pouca utilidade a oitiva prévia das comunidades afetadas, pois, antes da autorização legislativa, ainda não havia dados e elementos suficientes para esclarecer às comunidades a abrangência e os reflexos resultantes do multicitado aproveitamento hidroelétrico.

Por tais circunstâncias, diferentemente do que entendeu a eminente Relatora, parece-me certo que inexistiu ofensa à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. É que as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Essa autorização congressional consubstancia fase antecedente de qualquer outra, pois enseja a implantação do aproveitamento hidroelétrico, condicionando-a, contudo, à posterior comprovação de sua viabilidade. Se os posteriores estudos demonstrarem a sua inviabilidade, o empreendimento nem sequer será efetivado. Assim, a edição do Decreto Legislativo, por si só, não significa a efetivação do empreendimento. Tanto é assim que o próprio Decreto Legislativo 788/2005 determina, em seu art. 2º, que, antes do efetivo aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte, sejam realizados estudos de viabilidade, incluindo a oitiva das comunidades envolvidas, e, segundo o seu § 3º, a aprovação desses estudos tem caráter



determinante para a efetiva implantação do aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte. Considero, pois, que a Convenção 169 da OIT estabelece, sim, é que a oitiva dos índios deva anteceder ao início da implantação ou autorização efetiva das obras, o que, na espécie, efetivamente ocorreu, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também ribeirinhos, passíveis de serem afetados em decorrência da implementação da usina.

De fato, conforme, inclusive, mencionou a Relatora, foram realizadas consultas às comunidades, o que foi devidamente comprovado pela FUNAI, a qual juntou aos autos fotos, vídeos e cópias de atas de todas as reuniões feitas na região.

(...)

Peço vênia para dissentir, também, da Relatora, no relativo à assertiva de que a consulta aos grupos indígenas existentes na região não teria surtido a eficácia exigida na convenção 169 da OIT. Em decorrência das reuniões e diálogos realizados com as comunidades suscetíveis de serem atingidas, o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos. Com efeito, no denominado TRECHO DE VAZÃO REDUZIDA – TVR, situado na Volta Grande do Xingu, serão adotadas medidas de sustentabilidade ambiental e outras providências relevantes com vistas a mitigação dos impactos do AHE, conforme sustenta a Entidade Matriz Federal, no memorial

(...)

Alinha, na sequência, o grande rol de medidas tomadas com o exposto objetivo de diminuir os efeitos do AHE na região e que constam do Plano Básico Ambiental, cuja implementação é objeto da condicionante 2.1 da referida licença, que norteia toda a etapa de instalação do empreendimento. E esclareceu que o PBA congrega os Planos, Programas e Projetos destinados a mitigar e compensar os impactos da UHE Belo Monte e apresenta ações e medidas pertinentes.

(...)

Dessarte, entre as múltiplas e relevantes competências que foram outorgadas ao Congresso Nacional, o texto da Constituição da República insere a atribuição exclusiva de autorizar, em terras indígenas, a exploração e aproveitamento de recursos hídricos (CF, art. 49, inciso XVI). E, como é incontroverso, o Congresso Nacional desincumbiu-se desse seu papel institucional.

Dessa forma, no ponto, entendo que o Decreto Legislativo 788/2005 encontra-se em consonância com as disposições legais e constitucionais, razão por que afasto, no particular, o alegado desrespeito às normas fundamentais inscritas no art. 170, VI (matéria relativa à defesa do meio ambiente), e no art. 231, § 3º, ambos da Lei Magna de 1988.

(...)

Ante o exposto, divergindo data vênia do ponto de vista jurídico expresso no voto da ilustre Relatora, nego provimento à apelação e à remessa oficial” (fls. 1868/1884).

Nessa mesma linha de entendimento, posicionou-se a eminente Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso, conforme se vê do voto de fls. 1892/1902.

II

Como visto, a discussão remanescente, veiculada pelo douto Ministério Público Federal, em sede de embargos de declaração, reside na alegação de que os votos vencedores teriam negado a aplicação, no caso concreto, das normas da Convenção 169 da OIT, deixando de se pronunciar, especificamente, acerca da incidência dos seus arts. 6º, I, **a, b, e c**, 2; 7º, I, 2, **e**, 4; 14, 2; e 15, I, 2, segundo os quais, em se tratando do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas – assim consideradas, também, aquelas sujeitas aos impactos daí decorrentes - impor-se-ia a audiência prévia das comunidades indígenas, como condição para a autorização legislativa para o empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, bem assim, no tocante à efetiva participação dessas comunidades na tomada de decisões alusivas à sua implementação.

Da leitura dos aludidos votos, verifica-se que inexistente, no Acórdão embargado, a alegada negativa de observância das normas da mencionada Convenção 169 da OIT, tendo em vista que o voto condutor do julgado, expressamente, reconheceu a necessidade de sua observância, destacando, porém, que a audiência das comunidades indígenas e a sua conseqüente participação nos respectivos procedimentos, poderiam se operar em momento posterior à autorização do Congresso Nacional, prevista no art. 231, § 3º, da Constituição Federal, desde que ocorridas em momento antecedente à efetiva implementação do empreendimento, sem que isso representasse ofensa às regras da Convenção em referência.

De outra banda, da simples leitura dos votos condutores do julgado embargado, verifica-se que, a despeito de assinalar que não teria ocorrido, no caso concreto, qualquer violação à Convenção em referência, não se pronunciou,

especificamente, acerca da aplicação das normas inscritas no seu art. 15, itens 1 e 2, que assim dispõem:

“Artigo 15

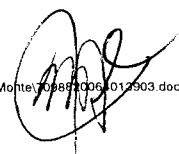
1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

*2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os **governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados**, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, **antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras**. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades” – grifei.*

Assim posta a questão, constata-se que, efetivamente, houve omissão no julgado hostilizado, no tocante à aplicação, na hipótese em comento, das normas em referência, a autorizar o manejo dos embargos de declaração opostos pelo douto Ministério Público Federal, no particular, razão por que passo ao exame da súplica recursal, à luz dessa questão remanescente.

III

Conforme já visto, segundo dispõe o referido artigo 15 do mencionado tratado internacional, de que o Brasil é signatário, nos termos do Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 143/2002, obrigando-se, portanto, à observância do quanto ali estabelecido, mormente por se tratar de norma equiparada às emendas constitucionais (CF, art. 5º, parágrafo 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 e entendimento jurisprudencial do STF sobre a matéria - HC 87585 – Pleno, DJE de 26/26/2009), a consulta às comunidades indígenas, a que se reporta o art. 231, § 3º, da Constituição Federal,



haverá de se efetivar “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”.

No caso concreto, como visto, o Congresso Nacional, ao editar o Decreto Legislativo nº. 788, de 2005, que “autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás”, estabeleceu que essa consulta se efetivasse em momento posterior, nestes termos:

“Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado “Volta Grande do Xingu”, localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I - Estudo de Impacto Ambiental - EIA;

II - Relatório de Impacto Ambiental - Rima;

III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e

IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte.

Art. 4º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação”.

Vê-se, assim, que, diferentemente do que determina o item 2 do sobrealudido art. 15 da Convenção/OIT nº. 169, a autorização Congressual para fins de implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte efetivou-se antes mesmo da consulta às comunidades indígenas afetadas, a caracterizar, na espécie, a manifesta violação ao comando da referida norma e, por conseguinte, a irregularidade apontada pelo douto Ministério Público Federal, impondo-se, assim, o acolhimento da pretensão deduzida na peça vestibular, no particular.

Como visto, o voto do Desembargador Federal Fagundes de Deus destaca o seguinte: "A questão da constitucionalidade ou não do Decreto Legislativo 288/2005 está superado.". E ele diz na ementa do seu voto com todas as letras que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do referido Decreto Legislativo. Penso que não. Penso que Sua Excelência está totalmente equivocada e omissa na análise da questão em referência, até porque, em pesquisa que realizei sobre essa questão, especificamente, observo que a decisão tomada pela eminente ministra Presidente da Suprema Corte, na época, Ministra Ellen Gracie, com base na Lei de Suspensão de Segurança, nº 8.437, de 30 de junho de 1992, por provocação da União, diz Sua Excelência, em sua dought decision:

"(...)

4. *Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada na ação civil pública e no agravo de instrumento em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, porque teria ofendido os arts. 170, VI e 231, § 3º da Constituição da República (petição inicial: fls. 81-99; decisão impugnada: fls. 475-480 e acórdão: fls. 527-544). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.*

5. *Passo ao exame do mérito do presente pedido de suspensão de decisão. Assevero, todavia, que a decisão monocrática impugnada pela requerente na inicial encontra-se superada, tendo em vista o julgamento meritório, em 13.12.2006, pela 5ª Turma do TRF da 1ª Região, do AI 2006.01.00.017736-8/PA (acórdão, fls. 527-544), bem como manifestação de subsistência parcial de interesse na apreciação do presente feito formulada pela União à fl. 524. Limitar-me-ei, portanto, a estas novas balizas processuais.*

Desse modo, para melhor compreensão da matéria, transcrevo os seguintes trechos do Decreto Legislativo 788/2005 e do dispositivo do voto da relatora proferido no agravo de instrumento, cujo acórdão ora se impugna:

Decreto Legislativo 788/2005:

"O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado 'Volta Grande do Xingu', localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I - Estudo de Impacto Ambiental - EIA;

II - Relatório de Impacto Ambiental - Rima;

III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e

IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte." (fl. 268)

Dispositivo do voto-condutor proferido no AI 2006.01.00.017736-8/PA:

"CONCLUSÃO:

Como consequência dessa decisão, dou parcial provimento ao agravo para o efeito de:

a) considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, por violação ao § 3º do art. 231 da CF/88;

b) proibir ao IBAMA que faça a consulta política às comunidades indígenas interessadas, pois esta é competência exclusiva do Congresso Nacional, condicionante do poder de autorizar a exploração de recursos energéticos em área indígena;

c) Permitir a realização do EIA e do laudo antropológico que deverão ser submetidos à apreciação do Parlamento.

É como voto." (fl. 540-v)

A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar ou de acórdão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

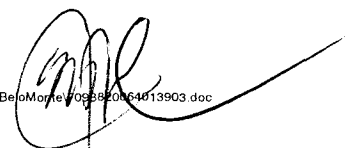
previstas em lei objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico em apreço. Esses estudos estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal. Sobreleva, também, o argumento no sentido de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas. Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, § 3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento;

d) é também relevante o argumento no sentido de que a não-viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União;

e) a proibição ao Ibama de realizar a consulta às comunidades indígenas, determinada pelo acórdão impugnado, bem como as consequências dessa proibição no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país, parece-me invadir a esfera de discricionariedade administrativa, até porque repercute na formulação e implementação da política energética nacional.

6. Finalmente, assevere-se que os relevantes argumentos deduzidos na ação civil pública, no sentido da ofensa ao devido processo legislativo e da ausência de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da CF, porque dizem respeito especificamente ao mérito da referida ação, não podem ser aqui sopesados, tendo em vista o contido no art. 4º da Lei 8.437/92, mas serão a tempo e modo apreciados, o que também ocorrerá, na via administrativa, mediante a realização dos estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que forem necessários à implantação do "Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte", conforme prevê o Decreto Legislativo 788/2005.

7. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, **defiro o pedido para suspender, em parte, a execução do acórdão** proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA (fls. 527-544), para permitir ao Ibama que proceda à oitiva das comunidades indígenas interessadas. Fica mantida a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico, objeto da alínea "c" do dispositivo do voto-condutor (fl. 540-v). Comunique-se. Publique-se. Brasília, 16 de março de 2007"

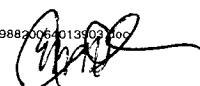


O art. 297 do Regimento do Regimento Interno da Suprema Corte dispõe: “Pode o presidente, a requerimento do procurador-geral ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender em despacho fundamentado a execução de liminar ou da decisão concessiva de mandado de segurança proferida em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais. Do despacho que conceder a suspensão, caberá agravo regimental.”.

A norma regimental em referência reproduz o que dispõe o art. 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992: “Compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública”.

Como se vê, nesta decisão monocraticamente adotada pela Presidente da Suprema Corte, não houve uma declaração expressa de constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, como assim assevera o juízo singular em sua douta sentença, e o voto vencedor do eminente Desembargador Fagundes de Deus. Ademais, e até porque, nos termos do Regimento da Suprema Corte (art. 21, inciso IV e V) e da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (arts. 10, 11, 12 e respectivos parágrafos), qualquer decisão monocrática de natureza cautelar tomada em ação direta de controle constitucionalidade deverá partir da maioria absoluta dos membros do Tribunal da Suprema Corte, observado o disposto no art. 22, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. Descaracterizada, assim, a inteligência do voto vencedor quando afirma que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do referido Decreto Legislativo nº. 788/2005, nas letras seguintes: “2. O Supremo Tribunal Federal, na sua relevante missão de intérprete maior da Constituição da República, já decidiu inexistir vício de formação no aludido decreto legislativo, por violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, ante a falta de consulta prévia às comunidades afetadas (Suspensão de Liminar n. 125/2006, Ministra Ellen Grace). O ato emanado da então Presidente daquela Alta Corte Judiciária apreciou e deliberou,

expressamente, sobre as seguintes questões essenciais, a saber: a) considerou acórdão anterior desta Quinta Turma ofensivo à ordem pública, entendida esta no contexto da ordem administrativa, e à economia pública, no ponto em que este Órgão Colegiado considerou inválido o decreto legislativo 788/2005 e proibiu ao IBAMA que elaborasse a consulta política às comunidades interessadas; b) expendendo sua fundamentação, ingressou no terreno de mérito, afirmando, com todas as letras, que o Decreto legislativo em questão foi aprovado pelo Congresso Nacional, no legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva, a teor do art. 49, inciso XVI, da Constituição da República; c) afirmou a plena vigência desse ato legislativo; d) sustentou que o STF, em 1º/12/2005, ao julgar a ADI 3.573/DF, não conheceu da mencionada ação direta de inconstitucionalidade; e) considerou, por essas razões, prematura e ofensiva à ordem administrativa o acórdão deste Órgão Judicante, que impediu o Poder Executivo de proceder à elaboração de consulta às comunidades indígenas; f) levou em consideração, à vista da alegada violação ao artigo 231, § 3º, da CF, que o artigo 3º do Decreto legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento, e concluiu que, se aprovados os estudos pelos órgãos competentes, o Poder Executivo poderá adotar as medidas previstas em lei objetivando a implantação do empreendimento hidroelétrico em apreço; g) teve por certo que os estudos em referência estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal, pelo que é fora de dúvida que a questão atinente ao pretenso desrespeito pelo Congresso Nacional da norma inscrita no parágrafo 3º do art. 231 da lei Magna ficou, no mínimo, implicitamente afastada; h) ao deliberar acerca do argumento de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades serão afetadas, emitiu pronunciamento inequívoco acerca da necessidade de que as comunidades indígenas fossem ouvidas somente a posteriori; não, porém, conforme sustenta o Autor nesta ação, vale dizer, previamente à autorização congressual; e i) teve, ainda, por relevante, o argumento estatal no sentido de que se não fosse viabilizado o aproveitamento hidroelétrico, naquele momento, haveria o comprometimento do planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região, com



ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros despendidos pela União. Nessa mesma perspectiva, assentou que o ato legislativo em foco ostenta caráter meramente programático, ao autorizar a implantação do "Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte" somente após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros, ressaltando, inclusive, que ele renunciou, explicitamente, que seria observada a regra do art. 231, § 3º, da CF, no que prevê a oitiva das comunidades localizadas na área sob influência do empreendimento".

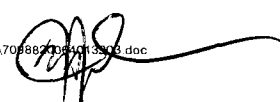
Omitiu-se, *data venia*, o eminente relator, sobre o fato constatado no histórico eletrônico dessa respeitável decisão da Ministra Ellen Gracie, que os autos dessa suspensão de liminar foram arquivados em 12/11/2007, e que essa decisão monocrática, a par de não possuir competência para exercer controle difuso ou concentrado de constitucionalidade de leis ou de atos normativos do poder público, não se pronunciou, efetivamente, a Suprema Corte sobre a constitucionalidade desse Decreto Legislativo. Omitiu-se, assim, o relator sobre essa circunstância relevante. E, ademais, a respeitável decisão da ministra Presidente Ellen Gracie, que fez o seu juízo de avaliação do Decreto Legislativo, assim reconhecido pelo voto vencedor neste processo, do Desembargador Fagundes de Deus, teria adentrado o mérito da questão constitucional, o que, a rigor, nos termos do regimento interno da Suprema Corte e da lei que cuida da concessão de medidas cautelares nas ações declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de leis perante o Supremo Tribunal Federal, haveria de ser tomada tal decisão pela maioria absoluta dos membros daquele egrégio tribunal e não pela ilustrada Presidência, como assim ficou registrado, de forma equivocada e omissa, no voto do Desembargador Fagundes de Deus. Isso me parece relevante, Excelências, porque essa questão, à luz do que se decidiu em 1ª instância e no bojo do voto vencedor, desta Quinta Turma, no Acórdão embargado, já estaria superada, quer dizer, o Supremo colocou uma pá de cal quanto à constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, portanto, não há mais o que se discutir sobre essa questão, diz o mesmo voto vencedor. No que tange ao ponto da omissão apontada pelo douto Ministério Público Federal, no bojo destes embargos de declaração, o voto condutor do acórdão, nas letras escritas pelo Desembargador Fagundes de Deus, pelo visto, enfrenta a questão com referência

genérica aos ditames da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, nos termos seguintes:

“O ato congressional em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria Funai e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação da AHE na região.”.

Como se vê, não houve uma análise percuciente dos dispositivos da convenção 169 da OIT, no voto vencedor, para se chegar à conclusão literal e equivocada das referidas normas em termos genéricos, como assim registrou o eminente relator. Destaco, ainda, do referido voto, o trecho seguinte:

“Por tais circunstâncias, diferentemente do que entendeu a eminente relatora, parece-me certo que inexistiu ofensa à Convenção 169 da Convenção Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais. É que as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Essa autorização congressional consubstancia fase antecedente de qualquer outra, pois enseja a implantação do aproveitamento hidrelétrico, condicionando-a, contudo, a posterior comprovação de sua viabilidade. Se os posteriores estudos demonstrarem a sua inviabilidade, o empreendimento nem sequer será efetivado. Assim, a edição do decreto legislativo por si só não significa a efetivação do empreendimento. Tanto é assim que o próprio Decreto Legislativo 788/2005 determina, em seu art. 2º, que antes do efetivo aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte sejam realizados estudos de viabilidade, incluindo a oitiva das comunidades envolvidas, e, segundo o seu § 3º, a aprovação desses estudos tem caráter determinante para a efetiva implantação do aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte. Considero, pois, que a Convenção 169 da OIT estabelece, sim, é que a oitiva dos índios deve anteceder ao início da implantação ou autorização efetiva das obras, o que, na espécie, efetivamente ocorreu, uma vez que em diversos momentos foram



realizadas consultas às comunidades locais, como também ribeirinhos, passíveis de serem afetados em decorrência da implementação da usina.”.

Como se vê, dos trechos aqui transcritos do voto do eminente Desembargador Fagundes de Deus, que se colocou como vencedor neste processo, a desafiar os presentes embargos de declaração, não se verifica uma análise sistêmica e teleológica dos dispositivos da Convenção 169 — OIT sobre povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, como assim aponta a flagrante omissão do acórdão recorrido a peça de embargos ajuizada pelo douto Ministério Público Federal. Observo, de logo, que o art. 3º da referida Convenção assim dispõe:

“Artigo. 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

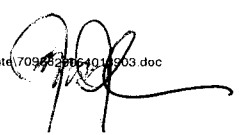
2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção.”.

O Artigo 4º:

“I. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

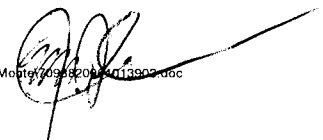
II. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

Como se observa das letras desses dispositivos de âmbito internacional a que aderiu o Brasil com a responsabilidade social de lhe dar eficácia plena, afirma-se nas letras desses dispositivos o direito fundamental à liberdade dos povos indígenas como direito humano de livre participação do seu destino, não se admitindo que seja empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os seus direitos humanos e as suas liberdades fundamentais, como povos interessados no desenvolvimento das suas culturas e também no desenvolvimento nacional. Se entendermos, à luz dessas disposições, que o



Congresso Nacional agiu corretamente ao editar o Decreto Legislativo 788/2005 sem ouvir antes as comunidades indígenas sobre os impactos ambientais em suas terras, em suas culturas, em suas tradições, estaremos admitindo, então, o regime de força condenado pela Convenção OIT nas letras do seu art. 3º, item II. O voto da Desembargadora Selene analisou com percuciência os arts. 6º e 7º da aludida convenção, e chegou à mesma conclusão de que a norma do art. 231 § 3º, da Constituição Federal, há de ser interpretada também de forma sistêmica e finalística, e não de forma literal, *data venia*, como fizeram o voto vencedor e a sentença recorrida, e também, *data venia*, como assim decidiu monocraticamente a ilustre Presidente da Suprema Corte, que chegou a entender que o decreto legislativo a que se refere o dispositivo constitucional é de natureza meramente programática, ou seja, não tem eficácia imediata e que a decisão judicial impugnada estaria a invadir a esfera de discricionariedade administrativa na formulação e implementação de política energética nacional, contrariando, assim, a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir o controle jurisdicional de políticas públicas ambientais, na linha de eficácia da garantia fundamental, prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Política Federal (ADPF 45 MC/DF – Rel. Ministro Celso de Mello – julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, **inter plures**).

O art. 231, § 3º, em referência, é claríssimo: **“O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei”**. Ora, com todas as vênias, não há como se considerar uma norma programática, como esta que cuida da efetivação plena do princípio da precaução, assegurado na Convenção Internacional ECO-92, Princípio 15, e aqui também cristalizado no art. 225, *caput*, da Constituição da República, que impõe ao poder público, em todos os seus segmentos, e à toda a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. E não podemos excluir as comunidades indígenas desse contexto, como assim já decidiu a Suprema Corte, no caso Raposa Serra do Sol,



sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres, hoje presidindo aquela Corte Suprema.

A mesma Convenção 169/OIT, Senhora Presidente, no seu art. 13, estabelece o seguinte: **"1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação"**. Como se vê, esse dispositivo é de uma importância extraordinária para uma especial tutela às culturas e valores espirituais e todo o patrimônio imaterial dos povos indígenas interessados nesse contexto, culturas e valores espirituais que se entranham com a tutela constitucional das terras indígenas e das suas tradições e costumes.

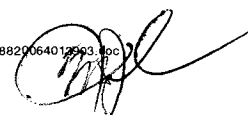
No artigo 14, item I, da referida Convenção Internacional estabelece, ***in verbis***:

"1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes"

O douto Ministério Público Federal, como já visto, aponta omissão do acórdão recorrido, no que tange especificamente às regras do art. 15, itens 1 e 2, da referida Convenção 169–OIT, que dispõem o seguinte:

"1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses



povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

Eis a omissão do acórdão recorrido, diante da cogência dessa disposição da Convenção Internacional OIT; em nenhum momento, o voto condutor do acórdão recorrido enfrentou esse dispositivo da convenção internacional, que é incisivo, ao determinar, repito: “que os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a **consultar os povos interessados**, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, **antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras**. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.”.

Ora, Senhora Presidente, como é possível admitir-se uma inversão total desse procedimento de consulta das comunidades indígenas, diante dos impactos visivelmente registrados no estudo de impacto ambiental e relatório conclusivo, diga-se de passagem, com o dedo presente de uma sociedade de economia mista como a Eletrobrás, diante dos estudos do interesse do governo federal para alcançar o seu objetivo do PAC — Programa de Aceleração Econômica? Só a presença da Eletrobrás, de alguma forma, já deixa obumbrado o EIA/RIMA. Vimos, no caso Teles Pires, que ali o EIA/RIMA se tornou flagrantemente viciado, porque é o poder público que faz o estudo de impacto ambiental, através de uma empresa pública federal por ele criada, vinculada ao Ministério das Minas e Energia e é o poder público, através do Ministério do Meio Ambiente, pela *longa manus* do IBAMA, que fiscaliza o EIA/RIMA por ele realizado e aprova o EIA/RIMA. Ora, isso é ser juiz em causa própria.

Senhora Presidente, colho das razões do recurso do Ministério Público Federal perante este egrégio Tribunal, visando à reforma da sentença recorrida, onde se registra um pronunciamento significativo do eminente senador Luiz Otávio

(PMDB/PA), em sessão do Senado Federal que aprovou o indigitado Decreto Legislativo 788/2005, e que não passou despercebida a curiosa pressa na aprovação desse Decreto Legislativo, que fez com que as comunidades afetadas não fossem ouvidas. Diz o Senador, observando a flagrante afronta ao princípio constitucional da participação democrática, também consagrado no campo do Direito Ambiental:

“O Sr. Luiz Otávio (PMDB-PA) (...) A única observação que quero acrescentar no meu aparte é a seguinte: estou na Casa há mais de sete anos, e há projetos que estão aqui desde que cheguei e não saem das comissões, não andam. São projetos de vários, para não dizer de todos, senadores. E esse projeto, por incrível que pareça, foi apresentado no dia 8 de julho, na semana passada. Faz quatro dias que esse projeto foi aprovado na Câmara e vamos aprová-lo aqui no Senado hoje. Eu nunca vi isso! Manifesto apenas a minha admiração... Eu queria encaminhar desde a oportunidade que tive de encaminhar a urgência, mas queria saber o motivo de tanta urgência. Isso não bate!... Essa história de que Belo Monte vai resolver o problema do apagão... essa obra é para dez anos, como disse o presidente José Sarney, ou para quinze ou vinte anos. Então, o motivo não é o apagão. Eu gostaria de apenas de saber — e que alguém me explicasse como — se houve um projeto mais rápido, mais relâmpago do que esse na história do Congresso Nacional... Temos de fazer de forma, não digo correta, mas transparente. Não é possível, em uma sessão como a de hoje, chegar aqui de pára-quedas o projeto, e termos de votá-lo hoje. Por que tem que ser hoje? Em quatro dias! É recorde mundial. Com certeza esse projeto vai para o Guinness Book...”

O mesmo senador, que, paradoxalmente, votou a favor da proposição, assim chega ao cerne da questão:

“E eu ia me esquecendo dos índios, é verdade. Os índios são muito mais importantes, como disse a senadora Heloísa Helena. Eles têm que ser ouvidos, ‘cheirados’. Temos de conversar com os índios. Afinal de contas, eles são os donos. Temos de agir de forma a que todos nós tenhamos condições de votar com tranquilidade, sem pressa, esses projetos relâmpagos. Nunca vi isso, sinceramente! Trata-se de um projeto bala: vem e passa e ninguém vê. Muito obrigado, Sr. Presidente.”

Como se vê, Senhora Presidente, o Decreto Legislativo 788/2005 tem um histórico bem estranho nos anais do Congresso Nacional. Tudo indica que é um decreto encomendado para ser empurrada uma autorização goela adentro,

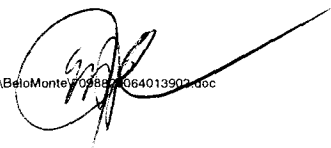
para a implantação do projeto hidrelétrico Belo Monte, a fim de atender ao Programa de Aceleração Econômica do governo federal, que não conta com os valores humanos, com os valores culturais dessas comunidades que, de acordo com a Convenção OIT-169, têm o dever de participar, como também, de acordo com o art. 225 da Constituição, têm o dever de exercer o princípio da participação democrática e decidir previamente sobre seu destino e o das futuras gerações.

Senhora Presidente, concordo plenamente com o voto de Vossa Excelência, como de forma racional e brilhante chegou a uma interpretação sistêmica, mesmo não enfrentando esse dispositivo do art. 15, item 2, da Convenção 169-OIT, mas guiada pela luminosidade dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da precaução, da moralidade ambiental, da eficiência e da responsabilidade social; todos eles princípios dirigentes dessa tutela especial que a Constituição estabelece para os povos indígenas, em conformidade com a Convenção 169-OIT.

Não há dúvida de que o Congresso Nacional, ao editar o famigerado Decreto Legislativo 788/2005, assim o fez com um insanável vício material desse decreto, porque não havia elementos de consulta para poder editar a autorização. E a Constituição Federal, no seu art. 231, § 3º, quando determina a competência do Congresso Nacional para autorizar qualquer empreendimento em terras indígenas, só poderá fazê-lo ouvidas as comunidades afetadas, antes, a fim de que lhe seja assegurada, inclusive, a participação nos lucros do empreendimento. Ora, a interpretação aqui tem que ser sistêmica e não meramente literal, como fizera o douto voto condutor do acórdão embargado. E, para que o Congresso Nacional possa se desincumbir da sua missão constitucional autorizativa desse empreendimento, através do pré-falado Decreto Legislativo, teria necessariamente que se realizar antes o estudo prévio de impacto ambiental com o seu relatório conclusivo, nos termos da Resolução 1-CONAMA, de 23/1/86, que assim determina em seu art. 6º:

“Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá no mínimo as seguintes atividades técnicas:

I — diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

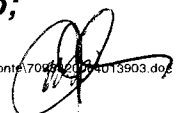


- a) **o meio físico — o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;**
- b) **o meio biológico e os ecossistemas naturais – a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;**
- c) **o meio socioeconômico — o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos;**
- II – análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude, interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: dos impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;**
- III — definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;**
- IV — elaboração do programa de acompanhamento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.**

E, no art. 9º, diz a mesma Resolução 1/86 – Conama:

“Art. 9º. O relatório de impacto ambiental – RIMA refletirá as condições do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

- I – os objetivos e justificativas do projeto, sua relação de compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;**
- II – a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, mão de obra, as fontes de energia, os processos e técnicas operacionais, os prováveis efluentes, as emissões, resíduos e perdas de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;**
- III – a síntese dos resultados dos estudos de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto;**
- IV – a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempos de incidência dos impactos indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para a sua identificação, quantificação e interpretação;**



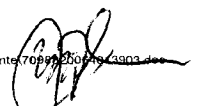
V – a caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como a hipótese de sua não realização;

VI – a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII – o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

VIII – recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral). Parágrafo único. O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.”.

Ora, vejam os senhores membros desta Corte, como se harmonizam as disposições da Resolução 1/86 – Conama –, ao tratar do estudo de impacto ambiental e de seu relatório conclusivo nesta dimensão informativa de que necessita o Congresso Nacional para cumprir o preceito constitucional previsto no art. 231, § 3º; vale dizer, **“somente será possível ao Congresso Nacional autorizar o empreendimento hidroelétrico Belo Monte, consultadas previamente as comunidades indígenas, diante dos elementos colhidos no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório conclusivo”**, porque, do contrário, a letra da Constituição é letra morta, é um faz de conta. Não podemos admitir um ato congressual no estado democrático de direito que seja um ato de ditadura, um ato autoritário, um ato que imponha às comunidades indígenas um regime de força, como assim repudia o art. 3º, item II, da Convenção 169-OIT, nos termos seguintes: **“Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.”**. E a forma como esse Decreto Legislativo tratou a questão do Complexo Hidrelétrico Belo Monte, autorizando, de logo, de forma antidemocrática, de forma autoritária, a realização do projeto sem antes consultar as comunidades indígenas, na dimensão do que deveria ter sido

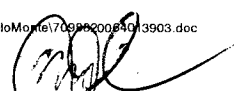


apurado, previamente, no **estudo prévio de impacto ambiental e seu relatório conclusivo** (CF, art. 225, § 1º, IV), **agride flagrantemente a Convenção 169 OIT, especificamente nos seus arts. 3º, item II, e no seu art. 15, item II, que é incisivo, no sentido de que “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos, com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.”.**

Como se vê, Senhora Presidente, a consulta tem que ser prévia mesmo, já nos termos da Convenção 169 OIT, que o Brasil adotou e incorporou no seu texto constitucional em nível de emenda à Constituição (CF, art. 5º, § 3º).

O voto condutor do acórdão recorrido é omissos nos pontos aqui destacados. Como visto, a discussão remanescente, veiculada pelo douto Ministério Público Federal, em sede de embargos de declaração, reside na alegação de que os votos vencedores teriam negado a aplicação no caso concreto das normas da Convenção 169 da OIT, deixando de se pronunciar especificamente acerca da incidência dos seus arts. 6º, I, “a”, “b” e “c”; II, 7º, I, II, “e”, item IV; 14, II, e 15, itens I e II, segundo os quais, em se tratando de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, assim consideradas também aquelas sujeitas aos impactos daí decorrentes, impor-se-ia audiência prévia das comunidades indígenas como condição para autorização legislativa para o empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, bem assim no tocante à efetiva participação dessas comunidades na tomada das decisões alusivas à sua implementação.

Observo que o acórdão não foi omissos na análise dos artigos 6º e 7º da referida Convenção 169/OIT, como bem assim o fez o voto vencido da Desembargadora Selene de Almeida. O voto condutor da relatoria do eminente Desembargador Fagundes de Deus não enfrentou especificamente as disposições pertinentes da aludida Convenção. E, nesse ponto, foi omissos, como foram omissos também ao entender que a Suprema Corte já houvera declarado a constitucionalidade do aludido Decreto Legislativo 788/2005. Da leitura dos mencionados votos, verifica-se que inexistente no acórdão embargado a alegada negativa de observância das normas da mencionada Convenção 169/OIT, tendo

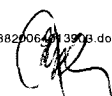


em vista que o voto condutor do julgado expressamente reconheceu a necessidade de sua observância, destacando, porém, que a audiência das comunidades indígenas e a sua consequente participação nos respectivos procedimentos poderiam se operar em momento posterior à autorização do Congresso Nacional, prevista no art. 231, § 3º, da Constituição Federal, desde que ocorridas em momento antecedente à efetiva implementação do empreendimento, sem que isso representasse ofensas às regras da Convenção em referência. Este raciocínio do voto condutor do acórdão recorrido resultou equivocado exatamente pelas omissões da análise dos textos pertinentes da referida Convenção 169-OIT. De outra banda, da simples leitura dos votos condutores do julgado embargado, verifica-se que, a despeito de assinalar que não teria ocorrido, no caso concreto, qualquer violação à Convenção em referência, não se pronunciou especificamente acerca da aplicação das regras do art. 15, itens I e II, da referida Convenção, como já visto.

No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um **estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas**. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

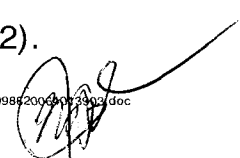
IV

Registre-se, por oportuno, que, segundo demonstram os elementos carreados para os presentes autos, a localização do referido empreendimento hidrelétrico (UHE Belo Monte) encontra-se inserida na *Amazônia Legal* e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua



qualidade de vida e patrimônio cultural, não se podendo olvidar a regra do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, segundo a qual, *“são terras 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”*.

Vê-se, assim, que a discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de cunho sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante **o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial**, porque diretamente vinculadas à **tradicional teoria da gravidade institucional**, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, **caput**) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, conforme lições autorizadas de Nestor Pedro Saguès, citado por Bruno Dantas, em sua dissertação de Mestrado sobre **“Repercussão Geral”**, dentro das questões de gravidade institucional, pois é possível distinguir as que “superam os interesses dos princípios da causa, de tal modo que ela comove a sociedade inteira, em seus valores mais substanciais e profundos (CSJN, Julgados, 257:134 – caso Panjerek) – algo que poderia se denominar questão constitucional de interesse comunitário total – daquelas que, ainda que não afetem a todos os habitantes, têm sua dimensão suficiente para repercutir – no presente ou no futuro – em uma ampla gama de relações humanas: questão de interesse comunitário parcial” (tradução livre, in **“Repercussão Geral” – Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões Processuais. RT. SP. 2ª Edição. 2009, pp. 121/122**).

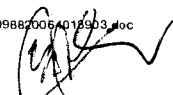


Nas ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a autorizar, inclusive, a manifestação judicial acerca da questão debatida, no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público ambiental, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

Nessa perspectiva, 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 grandes espaços de discussão e reflexão. Para Oliveira, ancorado na ética da libertação de Enrique Dussel, essa possibilidade somente é factível a partir da institucionalização 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 excluiu as sociedades indígenas ao longo da história, ideologizou e naturalizou as diferenças culturais ora como bárbaras e selvagens, ora 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, oculta no longo processo de colonização e de construção do Estado Nacional, teve no direito positivado, um dos mais poderosos mecanismos de exclusão que, sendo fundamento da política indigenista levada a cabo, primeiro pela Coroa portuguesa e, em seguida, pelo Estado brasileiro, promoveram genocídios e etnocídios responsáveis pela depopulação e pelo desaparecimento de numerosas culturas e 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 consequente juridicidade amparada pelo Estado, institucionalizou, ao longo da história do direito no Brasil, a exclusão do espaço jurídico-político nacional, das pessoas indígenas e suas



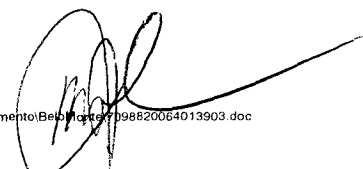
sociedades, suas vidas, seus valores e suas formas diferenciadas de construção social da realidade.

Nesse sentido, os colonizadores portugueses desconsideraram a existência de povos autóctones, com organizações sociais e domínio territorial altamente diversificados e complexos, negando aos seus membros a qualidade de pessoas humanas ou de uma humanidade viável, motivo pelo qual justificavam a invasão e tomada violenta do território, a escravização, as guerras, os 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 e liberdade que configuram o individualismo, modelo adotado pela juridicidade estatal brasileira e 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, diminutivamente, entre as pessoas de relativa incapacidade, ou pessoas em transição da barbárie à civilização. Esta depreciação justificava a tutela especial exercida pelo Estado, os processos e ações públicas voltados para a integração dos índios à comunhão nacional, o que equivale dizer, transformar os índios em não índios.

Com a promulgação da Constituição de 1988 reconhecendo expressamente as diferenças étnico-culturais que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram, pelo reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória, um novo tempo de direitos se abre aos povos indígenas. Um novo tempo, não mais marcado pela exclusão jurídica e sim, pela inclusão constitucional das pessoas e povos indígenas em suas diferenças, valores, realidades e práticas sociais, com permanentes e plurais possibilidades instituintes.

Evidentemente, o reconhecimento constitucional dos índios e suas organizações sociais de modo relacionado configuram, no âmbito do direito, um 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.



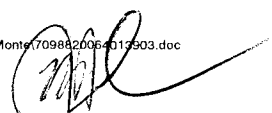
O marco legal desse reconhecimento, em razão da dificuldade de espelhar exaustivamente a grandiosa complexidade e diversidade que as sociedades indígenas representam, está aberto para a confluência das diferentes e permanentemente atualizadas maneiras indígenas de conceber a vida com seus costumes, línguas, crenças e tradições, aliadas 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 e mundo globalizados, confrontando-se com a ideologia homogeneizante da globalização, que não reconhece realidades e valores diferenciados, pois preconiza pensamento e sentido únicos para o destino da humanidade, voltados para o mercado.

Entretanto, as lutas de resistência contra esse processo apontam para novos caminhos de regulação e emancipação, exigindo conformações plurais e multiculturais para os Estados, e, especificamente, mudanças nas Constituições, situadas atualmente em perspectiva com o direito internacional dos direitos humanos.

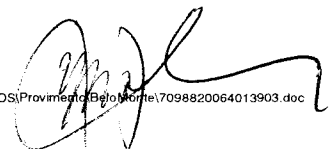
Assim sendo, os direitos constitucionais indígenas devem ser interpretados em reunião com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, que valorizam e buscam promover a vida humana sem nenhuma distinção, aliados aos direitos fundamentais e com o conjunto integrado e indivisível dos direitos humanos, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem assim, às convenções e documentos internacionais” (In **“Socioambientalismo: uma Realidade” – Do “Universalismo de Confluência” à Garantia do Espaço para Construir a Vida.** Fernando Antônio de 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 jurídico-constitucionais de um direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental (ou ecológico) e a tutela integrada do ambiente e dos direitos sociais como premissa do desenvolvimento sustentável, **Ingo Sarlet** considera “que a vida é condição elementar para o exercício da dignidade humana, embora essa não se limite



àquela, uma vez que a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza meramente biológica ou física, mas exige a proteção da existência humana de forma mais abrangente (em termos físico, psíquico, social, cultural, político, ecológico etc.). De tal sorte, impõe-se a conjugação dos direitos sociais e dos 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, p. 116).

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

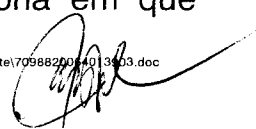


No caso concreto, conforme já narrado, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional, afigura-se manifestamente ilegítima, à míngua da audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, conforme assim determina o art. 15, item 2, da Convenção nº. 169/OIT, a ferir o núcleo essencial do princípio da proibição do 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 **regular e condicionada** do Congresso Nacional, à deliberação prévia das comunidades indígenas, na espécie, afigura-se nula e sem nenhum efeito, o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, impondo-se, assim, a sua imediata suspensão, ante 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, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, **caput**), e que já instrumentaliza, 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 conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, §1º, IV).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação 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 VI).

Em dimensão histórica, a imposição de medidas de precaução já fora recomendada, 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 conseqüências ambientais” e, ainda, encontra abrigo 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, assim proclamou: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a 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 33.884/RR, através da Relatoria do eminente Ministro Carlos Britto, já decidiu que “o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontram instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional, “tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado de modo a incorporar a realidade vista”, pois “as terras inalienáveis dos índios merecem a proteção constitucional não só no que tange ao aspecto fundiário, mas também no que se refere às suas culturas, 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 dos elementos carreados para os autos.

Observe-se, por oportuno, que o Brasil e todos os brasileiros estamos vinculados aos termos da Convenção da Biodiversidade Biológica, assinada em 5 de julho de 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, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essas ameaças*”.

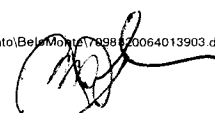
Por último, considere-se o passivo ambiental, que resultará do desmatamento de florestas nativas, na região amazônica, para implantar-se o descomunal projeto de instalação de inúmeras hidrelétricas, agredindo as recomendações constantes dos Acordos de Copenhagen – Dinamarca (COP-15) e de Cancún – México (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.

E essa tutela jurisdicional há de ser praticada como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção, da proibição do retrocesso ecológico, da eficiência, da moralidade ambiental, da responsabilidade social e da participação democrática, como, no caso em exame.

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 e inteligente, aproveitando seu imenso potencial de energia eólica, solar e do fluxo e refluxo perene da plataforma marinha (Maré-matriz), em substituição ao projeto irracional das termoeletricas e hidrelétricas faraônicas, arrasadoras de florestas nativas, bem assim de poluidoras usinas nucleares, a compor um doloroso passivo ambiental de energia suja, com graves conseqüências para o equilíbrio climático e a sadia qualidade de vida no planeta.

Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas – Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada 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, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, **caput**, incisos I e II) pelo Programa de

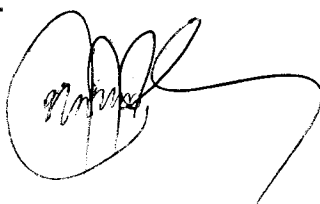


Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, **caput** e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, **caput**, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

Com estas considerações, **dou parcial provimento** aos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, para suprir a omissão apontada, e, reexaminando o recurso de apelação por ele interposto, **dou-lhe parcial provimento**, para reformar a sentença monocrática, julgando-se procedente, por conseguinte, o pedido formulado na inicial, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas **a**, **b**, e **c**, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da referida Convenção nº. 169/OIT.

Com vistas na eficácia plena desta decisão mandamental, intimem-se, com urgência, via FAX, o Sr. Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e as demais promovidas, para fins de imediato cumprimento, sob pena de aplicação de multa coercitiva às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico, em referência, no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento deste provimento mandamental (CPC, art. 461, § 5º).

Este é meu voto.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
NOTA TAQUIGRÁFICA

1. CONTROLE

2. ÓRGÃO JULGADOR

5ª TURMA

3. HORÁRIO

20:20

4. DATA

13/8/2012

5. PRESIDENTE

DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA

6. TAQUIGRAFOS

DENISE M./ADRIANA

7. RELATOR

DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

8. REVISOR

9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA

EDAp 2006.39.03.000711-8/PA

VOTO VOGAL

A DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão desta Turma. Recebi memorial do embargante no qual faz um resumo de sua pretensão nestes declaratórios.

Ouvi com atenção o detalhado voto do eminente relator e, tendo sido eu a relatora originária do acórdão embargado, vou limitar-me a apreciar pontualmente as questões da omissão no meu voto e, *en passant*, as omissões nos votos vencedores.

Alega o Ministério Público que a primeira omissão a autorizar os presentes declaratórios decorre do fato que nenhum dos três votos do acórdão embargado abordou a incidência dos arts. 14, II, e 15, I e II, da Convenção 169 da OIT.

Efetivamente, não me recordo de ter enfrentado a questão de aplicação das normas dos arts. 14 e 15 da referida Convenção. Alega o douto *parquet* embargante que o item I do art. 15 da Convenção é de fundamental importância para a causa, porque confere proteção aos "recursos naturais existentes nas terras indígenas", pouco importando se o paredão da barragem está fora da reserva indígena. Sustenta o Ministério Público que é juridicamente relevante o fato de a obra afetar sobretudo a água e a ictiofauna, que garantem a água nas terras indígenas em causa.

Como afirmei, efetivamente, não abordei esta questão no meu voto, nem assim o fizeram os ilustres integrantes desta 5ª Turma. Passo a fazê-lo agora.

Em virtude dos arts. 14 e 15 da Convenção 169 da OIT, os países signatários estão obrigados a consultar os povos indígenas e tribais antes de empreender ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos existentes em suas terras. É irrelevante para

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE	
2. ÓRGÃO JULGADOR		3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA		20:20	13/8/2012
5. PRESIDENTE		6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA		DENISE M./ADRIANA	
7. RELATOR		8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE			
9. PROCESSO / NUMERO / PROCEDÊNCIA			
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA			

os fins dessas citadas normas internacionais se a usina está dentro ou fora da reserva indígena. O fato relevante é que a obra significará um represamento da água, poderá afetar a navegabilidade do Xingu, a fauna, a flora e o clima da região. Tais impactos serão muito mais profundos a longo prazo do que a mera inundação das terras ou deslocamentos dos povos indígenas e ribeirinhos.

Feita esta observação, o Ministério Público também alega omissão dos votos vencedores quanto à ausência de menção a dispositivos da Convenção 169 da OIT. (arts. 6º e 7º.)

A mera leitura dos votos vencedores, agora refeita pelo ilustre relator destes embargos, mostra que em verdade houve total omissão na apreciação dos arts. 6º e 7º da referida Convenção.

Estas normas cuidam do direito à consulta prévia, que pode ser resumido como a possibilidade que os povos indígenas e tribais têm de influenciar concretamente o processo de tomada de decisões que afetem radicalmente suas vidas, e que tal consulta deve ser realizada pelos representantes dos povos indígenas e tribais.

Os votos vencedores em nenhum momento abordaram a questão que o Brasil se comprometeu internacionalmente a adotar o procedimento da consulta prévia, pois tal consulta significa, antes de tudo, diálogo e negociação, um espaço democrático em busca de solução consensual para empreendimentos que afetem povos indígenas e tribais.

Quero deixar expresso que não estou discutindo aqui, nem o fiz por ocasião do julgamento da apelação contra sentença de 1º grau, a opção do Governo Federal em investir em hidroelétricas, nem a conveniência e oportunidade da construção de Belo Monte, nem a destinação da energia (isto é, se haverá uso de bem coletivo para fins privados). A matéria objeto de conhecimento restringe-se pura e simplesmente à observância de norma



 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE	
2. ÓRGÃO JULGADOR		3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA		20:20	13/8/2012
5. PRESIDENTE		6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA		DENISE M./ADRIANA	
7. RELATOR		8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE			
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA			
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA			

constitucional expressa e uma convenção de direitos humanos, que foi internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo legislador.

Tem mais. Embora possa estar aqui pregando no deserto, não posso deixar de mencionar que talvez estejamos, no caso de Belo Monte, apenas diante da primeira construção de uma grande usina, com potenciais de impacto imenso no meio ambiente, e que afetará populações indígenas e ribeirinhos e, eventualmente, outras populações tradicionais que não são mencionadas nos autos. Não podemos começar errando. Nossos quinhentos anos de erros relativamente ao trato com os povos indígenas não mais se justificam, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da consciência social e ética que este país adquiriu, principalmente após a redemocratização.

Repito mais uma vez: o Plano Decenal de Energia Elétrica e o Plano de Aceleração de Crescimento, 2011/2020, apontam que pelo menos trinta hidroelétricas, com menor ou maior potencial de impacto, poderão em seu conjunto fazer surgir uma nova configuração ambiental e social na região Norte.

Em audiência pública realizada neste Tribunal, que antecedeu o julgamento da apelação nestes autos, técnicos extremamente capacitados do Ministério das Minas e Energia fizeram exposições em que narraram esses projetos de construção de hidroelétricas em prospecção, e que só no Rio Tapajós, no Pará, serão construídas doze usinas. A bem da verdade, os estados do Acre, Amazonas, Pará, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão estão na lista dos projetos.

No balanço do primeiro ano do PAC II, 2012/2015, divulgado em março de 2012, é apresentado, de início, um conjunto de vinte e sete hidroelétricas, entre obras em avançado estágio de construção e obras que ainda estão no papel. No plano, estão previstos investimentos da ordem de reais, 94,14 bilhões para a construção de hidroelétricas na Amazônia. No momento, são reais 67,38 milhões para obras em andamento (Jirau, Santo Antônio, Belo Monte, Santo Antônio do Jari, Colider, Teles Pires, Estreito, Ferreira Gomes),

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:20	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	DENISE M./ADRIANA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

e mais, reais, 27,78 bilhões em novas usinas (São Luiz do Tapajós, Jatobá, São Manuel, Sinop).

Estas construções e investimentos são considerados estratégicos pelo Governo para se conseguir energia limpa para o país, tendo em vista a necessidade de se atender o desenvolvimento e aumento da população brasileira nas próximas décadas.

Nesse diapasão, cinco bacias hidrográficas localizadas só no estado do Amazonas estão sendo inventariadas para que seja avaliada a possibilidade de construção de hidroelétricas: Bacia do Rio Negro, Bacia do Sucunduri, Bacia do Acari e Bacia do Aripuanã, as três últimas na região do município do Apuí. Nas três últimas bacias, há nove unidades de conservação estaduais e, pelo menos, cinco federais. Os estudos do potencial energético dessas bacias integram o PAC V e o PAC da Energia.

O governo está, pois, como se vê, procedendo a estudos e inventários para construções que se realizarão a médio e longo prazos. Numa concepção moderna de administração, o governo pode e deve gerir o setor energético de uma forma geral, e o setor elétrico, em particular para o efeito de: a) formular políticas públicas e b) fazer planejamento e regular o mercado. A expansão da capacidade de geração de energia do país deve ter, como antecedente, planejamentos que levam em conta vários cenários de crescimento econômico, necessidade do mercado de energia elétrica, expansão da demanda, aumento populacional etc.

Ora, se a atividade de formulação de políticas públicas na área de energia é atividade do governo que se processa a médio e longo prazo, se o Estado brasileiro anuncia à sociedade essas metas, para se fazer, inclusive, atividades de avaliação, estudos de viabilidade, se sabe, *a priori*, quais serão os locais de possível construção não existe motivo para a improvisação que ora se assiste no tema de consulta prévia de povos indígenas relativamente às obras que os afetarão de forma permanente, irreversível.



 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE	
2. ÓRGÃO JULGADOR		3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA		20:20	13/8/2012
5. PRESIDENTE		6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA		DENISE M./ADRIANA	
7. RELATOR		8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE			
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA			
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA			

Por que não considera, também antecipadamente, a necessidade de consulta do gênero humano que sofrerá os impactos?

Faço essas observações, mais uma vez, para afirmar que podemos fazer diferente, que, se podemos estudar as necessidades econômicas de energia limpa a médio e longo prazo, e também os estudos e o procedimento que o Estado brasileiro necessita fazer no que tange à consulta prévia dos povos indígenas. Se o procedimento ainda não existe, o Brasil pode olhar a experiência de seus vizinhos latino-americanos. O meu voto aponta apenas para uma possibilidade de procedimento por parte do Congresso Nacional, da FUNAI e do IBAMA, e poderá ser aperfeiçoado, melhorado, e aplicado em nosso país.

Agora, uma palavra, tendo em vista o adiantado da hora, sobre a hipótese de se conferir efeito infringente aos presentes declaratórios.

O art. 535 do CPC define os limites dos embargos de declaração e sabe-se que os declaratórios não têm efeito substitutivo, previsto no art. 512 do mesmo Código. O objetivo desse recurso em sentido estrito é de sanear o ato impugnado. O efeito modificativo é uma atuação excepcional e significa somente um efeito secundário do saneamento nas hipóteses que o legislador especifica.

No caso em exame, trata-se de embargos opostos pelo *parquet* federal, no qual se alega ocorrência de comissões de questões de fato que não foram apreciadas.

A singela leitura dos embargos de declaração, do voto condutor e daquele que seguiu a divergência revela o fato de que o venerando acórdão embargado é *infra petita*. A jurisdição não foi prestada totalmente, parte do *thema decidendum* para o qual esta Corte regional foi provocada não foi totalmente apreciado. As omissões, como mostra o voto do eminente relator, nestes declaratórios, são patentes. Por isso é possível se reabrir o julgamento com a possibilidade de se também reabrir a discussão e se tornar ineficaz a





PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

NOTA TAQUIGRÁFICA

1. CONTROLE

2. ÓRGÃO JULGADOR

5ª TURMA

3. HORÁRIO

20:20

4. DATA

13/8/2012

5. PRESIDENTE

DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA

6. TAQUIGRAFOS

DENISE M./ADRIANA

7. RELATOR

DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

8. REVISOR

9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA

EDAp 2006.39.03.000711-8/PA

decisão embargada. O caso em exame não é de substituição do caso embargado, mas de expansão do julgamento, tendo em vista questões que não formam objeto de análise.

Assim sendo, considerando a excepcionalidade do caso, a importância do tema no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proteção constitucional dos direitos indígenas e do meio ambiente, acompanho o eminente relator, para se conferir efeitos infringentes ao acórdão desta 5ª Turma que julgou a apelação.

É o voto.

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

VOTO VOGAL

O DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA: Senhora Presidente, quando se discutiu o projeto de Constituição, que resultou na Constituição de 1988, cogitou-se de incluir no art. 37, § 3º, a audiência pública como forma de participação do usuário na Administração. A idéia não vingou. Em seu lugar estabeleceu-se apenas que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração”.

Todavia, no que diz respeito ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e a pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas, a Constituição consagrou, especificamente, que só possam ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação no resultado da lavra, na forma da lei. Com relação, portanto, especificamente, ao aproveitamento dos recursos em terras indígenas está estabelecida pela Constituição a necessidade de audiência.

Ouvi do ilustre relator que uma das argumentações básicas das partes contrárias aos interesses defendidos pelo Ministério Público Federal é que a necessidade de audiência pública, audiência das comunidades indígenas, estaria prevista em norma meramente programática. É de surpreender que ainda hoje se utilize esta classificação das normas constitucionais, abandonada ou pelo menos colocada em seu devido significado desde a monumental obra de José Afonso da Silva: *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Já nas primeiras edições desse consagrado livro, em que José Afonso trouxe para o Brasil a doutrina de Crisafulli, da Itália, ficou desmistificada a doutrina norte-americana de ausência de eficácia jurídica das normas programáticas. Nas novas edições, o eminente professor avança ainda mais na ideia de que não existe norma constitucional destituída de eficácia.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

NOTA TAQUIGRÁFICA

1. CONTROLE

2. ÓRGÃO JULGADOR

5ª TURMA

3. HORÁRIO

20:50

4. DATA

13/8/2012

5. PRESIDENTE

DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA

6. TAQUIGRAFOS

YOSHIE/RENATA

7. RELATOR

DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

8. REVISOR

9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA

EDAp 2006.39.03.000711-8/PA

A classificação de certas normas constitucionais como programáticas, normas sem eficácia imediata, atende a objetivos ideológicos. As chamadas normas programáticas foram incluídas nas Constituições como forma de conter as pressões sociais, assim, incluídas como meras promessas, que tiveram seu cumprimento frustrado, particularmente nos países em desenvolvimento, pela resistência da globalização neoliberal. A impressão que se tem é de que não houve sinceridade na inclusão dessas chamadas regras programáticas nos textos constitucionais, consistindo num mero instrumento retórico de dominação ou numa simples estratégia para dar tempo para reorganização da resistência ao avanço social. Já dissera Marx, a propósito da Constituição da República Francesa, que é um “ardil” a promessa de liberdade total e a garantia dos mais belos princípios, se se deixa sua aplicação, os detalhes, para decisão da legislação posterior (informação de Alexi, no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 325, tradução para o português, coincidentemente, de Virgílio Afonso da Silva).

Então, concluo que é totalmente imprópria a pretensão de classificar a previsão de audiência das comunidades indígenas, contida no art. 231, § 3º, da Constituição, como meramente programática, como tal, sem eficácia imediata, ainda mais se considerarmos que se trata de um direito da minoria indígena em face do poder econômico. Sem contar que é discutível se a referida norma, mesmo na concepção tradicional, comporta-se na classificação de programática. O direito a audiência é pleno, tendo ficado para lei ordinária apenas o estabelecimento da forma de sua realização. Enquanto não há lei específica, é plenamente possível a adoção de forma de audiência prevista em outras leis. Não acolho a argumentação que me foi apresentada em memorial, numa visita feita pelo Reverendíssimo Bispo da Prelazia do Xingu, no sentido de que, ainda não havendo a lei a que se refere o art. 231, § 3º, não é possível exploração de recursos minerais e hídricos em terras indígenas, mas, por outro lado, também não entendo que só haverá audiência das comunidades depois da edição da referida lei. A norma não é meramente programática, quer num sentido, quer noutro. Aliás, se fôssemos entender que a norma constitucional é meramente programática quanto à oitiva das comunidades indígenas, teríamos, antes, que concluir pelo seu caráter

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE	
2. ÓRGÃO JULGADOR		3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA		20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE		6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA		YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR		8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE			
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA			
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA			

programático também quando prevê a possibilidade de exploração de recursos minerais e hídricos em terras indígenas.

As audiências públicas têm, em primeiro lugar, a finalidade de permitir a colheita de dados para a tomada de decisão pela Administração. É seu chamado objetivo instrumental. Por meio da audiência são colhidos elementos, são ouvidas as partes interessadas com a finalidade de evitar que a decisão omita aspectos do problema. Esta é sua finalidade prática, instrumental: evitar que, na decisão, algum aspecto relevante fique omissso, ignorado, sem apreciação, pela Administração, no caso, pelo Congresso Nacional.

Mas não é só essa a finalidade da audiência. Tem também uma finalidade intrínseca. Em voto proferido na última sessão, referi-me à doutrina do eminente constitucionalista norte-americano, Laurence Tribe, no seu *American Constitutional Law*, que, traduzido livremente, diz o seguinte: "Por essa perspectiva, ou seja, pela perspectiva da audiência com valor intrínseco, como concretização do devido processo legal coletivo, a audiência pode ser considerada uma forma de política e uma expressão da regra de direito, visto aqui como antítese do poder exercido sem responsabilidade para com aqueles que focaliza. Sob qualquer ponto de vista, a audiência representa uma valorizada interação humana, na qual a pessoa afetada experimenta, no mínimo, a satisfação de participar da decisão que vitalmente lhe concerne e, talvez, a particular satisfação de receber uma explanação de por que a decisão está sendo tomada de uma certa forma. O direito de ser ouvido a respeito e o direito de ser esclarecido do porquê são analiticamente distintos do direito de assegurar um resultado diferente. Esses direitos de intercâmbio representam a ideia elementar de que ser uma pessoa em vez de uma coisa é no mínimo ser consultado sobre o que está sendo feito com ela".

Portanto, repetindo, a audiência pública tem uma finalidade instrumental de levar, senão a decisões corretas, a decisões melhores, e tem também uma finalidade própria, intrínseca, qual a de promover a dignidade humana, consultando as pessoas que serão afetadas por determinada decisão, finalidade de promover a democracia, esta, hoje,

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA	1. CONTROLE	
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

considerada direito fundamental de 4ª geração, na classificação de Paulo Bonavides. A omissão da audiência, quando esta é exigível, resulta na anulação do ato final e somente na hipótese de irreversibilidade é aceita sua conversão em perdas e danos. Neste caso, a omissão da audiência é tratada como atentado às liberdades fundamentais, ensejando indenização independentemente da correção ou não da decisão final. É a orientação da doutrina e da jurisprudência norte-americanas.

Não significa que a autoridade deva, necessariamente, atender às reivindicações colhidas na audiência, mas terá, no mínimo, que considerar todos os questionamentos levantados e, para refutá-los, deverá fundamentar a decisão de forma suficiente e racional. Não estará vinculada às reivindicações, mas, para rejeitá-las, terá que motivar, sujeita essa motivação a controle judicial de sua existência, adequação e suficiência. Desnecessário dizer que a audiência, com essa finalidade, deve ser prévia à decisão; audiência depois de tomada a decisão é mera “simulação”; é mero formalismo para cumprir apenas aparentemente e na letra a exigência constitucional.

A “audiência” das comunidades indígenas para efeito de autorização da construção de Belo Monte peca inicialmente por esse aspecto temporal, uma vez que foi *a posteriori* da decisão. Além disso, a “consulta” foi realizada por delegação a entidade do Poder Executivo, justamente o poder interessado na finalidade de construção, sem embaraços, da hidrelétrica, obra importante para o plano de governo. E, um terceiro aspecto, pelo que ouvi, na realidade, consistiu em esclarecimentos às comunidades indígenas. Estas não foram ouvidas, mas simplesmente ouviram o que os servidores do Poder Executivo tinham para lhes dizer. Não foi um processo de audiência, mas processo inverso, unidirecional. Teria sido um processo de informação às comunidades indígenas; não, de oitiva de suas reivindicações, da manifestação de seus interesses. Então, do ponto de vista formal, o decreto legislativo parece viciado, especialmente nesses três pontos.

Não estou bem seguro se os votos proferidos no julgamento da apelação examinaram, com a devida profundidade, esses aspectos. Nesta sessão, pude ouvir do

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

eminente relator e também no voto da Desembargadora Selene, relatora originária, que, se os votos vencedores examinaram esses aspectos, no mínimo, deixaram de examiná-los sob a ótica da exigência imposta pela Convenção 169-OIT, assinada pelo Brasil, a qual determinaria que a audiência não seja uma mera formalidade. Deve ser um processo que realmente enfrente os problemas, em sua substância, com eficácia, não apenas na aparência, na formalidade, como aconteceu no processo de autorização para construir Belo Monte.

Agora, especificamente, quero trazer à consideração questão a que já me referi na sessão passada, a qual, pelo que ouvi, inegavelmente, não foi objeto de consideração pelo Congresso Nacional em seu decreto de autorização de construção da hidrelétrica. Li naquela sessão o disposto no art. 20, § 1º, da Constituição: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”. Chamo atenção para a semelhança dessa disposição com a do art. 231, § 3º: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. Vejam que lá no art. 20, § 1º, quando trata da participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, menciona participação na exploração do petróleo, gás natural, recursos hídricos e outros recursos minerais. No art. 231, § 3º, só se fala em recursos minerais. Não se fala em recursos hídricos. Alguém, utilizando o argumento *a contrario*, poderá dizer que, se no art. 20, § 3º, estão mencionados recursos minerais e também recursos hídricos e, no art. 231, §3º, não estão mencionados recursos hídricos, é porque o legislador constituinte não pretendeu incluir aqui participação das comunidades indígenas no aproveitamento de recursos hídricos; só no aproveitamento de recursos minerais. Mas sabemos que o

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

argumento *a contrario* é um precário instrumento utilizado na interpretação. Isso quem nos diz é o grande Carlos Maximiliano: “muito prestigiado outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência”; “do fato de se mencionar uma hipótese não se deduz a exclusão de todas as outras”. E também Kelsen considera completamente destituído de valor, como meio de interpretação, o argumento *a contrario*, pelo fato de levar a resultado diametralmente oposto ao da analogia, não havendo qualquer critério que determine a preferência de um ao outro. Em outros termos, diz Kelsen que o argumento *a contrario* leva a resultado oposto ao do argumento analógico e não há critério seguro para optar por um dos dois. No caso que estamos examinando, o argumento *a contrario* levaria, como disse, a concluir que, se o art. 20, § 1º, prevê recursos hídricos e o 231, § 3º, não os prevê é porque, para os índios não é assegurada participação no resultado da exploração de hidrelétricas. Mas o argumento analógico leva à conclusão oposta: se lá está dito e se aqui imperam as mesmas razões, por que não completar, entender que o legislador constituinte disse expressamente menos do que deveria dizer? As mesmas razões estão presentes, autorizando concluir que também os recursos hídricos, a exploração desses recursos, enseja participação das comunidades indígenas no respectivo resultado.

Então, penso que, além daqueles aspectos formais a que me referi, há este aspecto substancial. Penso que seja imprescindível, num decreto legislativo que autorize a construção de hidrelétrica em terras indígenas, a fixação de percentual de participação no resultado financeiro de sua exploração. Ainda que toda a fundamentação levada a efeito no julgamento *originário* tenha examinado, mesmo superficialmente, aqueles aspectos formais, não houve qualquer menção em relação ao direito de participação, pelas comunidades indígenas, no resultado da exploração dos recursos hídricos. Nem o Ministério Público Federal tocou nesse ponto nos embargos de declaração, mas, considerando a natureza dos interesses em causa, esta Turma pode enfrentar, de ofício, esse aspecto da questão, após constatar que há omissão no julgamento inicialmente realizado.

 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NOTA TAQUIGRÁFICA		1. CONTROLE
2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	20:50	13/8/2012
5. PRESIDENTE	6. TAQUIGRAFOS	
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	YOSHIE/RENATA	
7. RELATOR	8. REVISOR	
DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE		
9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA		
EDAp 2006.39.03.000711-8/PA		

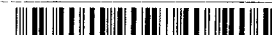
Um último ponto que, parece-me, merece ser examinado — havia recebido algum material antes do primeiro julgamento desta questão, ao qual não pude comparecer —, é a alegação de que a hidrelétrica não está sendo construída em terras indígenas; não haverá inundação de terra indígena, pelo contrário, haverá redução na vazão do rio. De fato, será reduzida em 80% a água que corre em terras indígenas. Haverá desvio do rio, que, em sua maior parte, tomará outro leito. É risível o argumento, porque talvez a inundação fosse até mais benéfica para essas comunidades, uma vez que aumentaria principalmente os recursos pesqueiros e a possibilidade de navegação; a diminuição das águas na terra indígena é pior que o alagamento, parece-me. Não enxergo lógica nesse argumento: não haver inundação de terra indígena. Penso que a seca é pior que a inundação, principalmente considerando a prática, a vida, a cultura das comunidades indígenas, que dependem essencialmente das águas e das florestas.

É provável que este julgamento não vingue; haja suspensão de segurança, considerando, especialmente, o fato consumado, o adiantado na execução do projeto. Mas terá, no mínimo, importância didática, diante do plano de construção de outras inúmeras hidrelétricas nos rios amazônicos, afetando terras indígenas.

Essas são as razões pelas quais, votando em terceiro lugar (já decidida, por maioria, a questão), simplesmente acompanho os votos dos ilustres pares.



42ª Sessão Ordinária do(a) QUINTA TURMA



Pauta de: Julgado em: 13/08/2012 EDcl em Ap 0000709-88.2006.4.01.3903
(2006.39.03.000711-8)/PA

Relator: Exmo. Sr. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

Revisor:

Presidente da Sessão: Exma. Sra. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

Proc. Reg. da República: Exmo(a). Sr(a). Dr(a). FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário(a): FÁBIO ADRIANI CERNEVIVA

APTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

PROCUR : MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA

APDO : CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRAS

ADV : MARCELO THOMPSON LANDGRAF E OUTROS (AS)

APDO : CENTRAIS ELETRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A - ELETRONORTE

ADV : CAREM RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS (AS)

APDO : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS
RENOVAVEIS - IBAMA

PROCUR : ADRIANA MAIA VENTURINI

APDO : UNIAO FEDERAL

PROCUR : MANUEL DE MEDEIROS DANTAS

Nº de Origem: 2006.39.03.000711-8 Vara:

Justiça de Origem: JUSTIÇA FEDERAL

Estado/Com.: PA

Certidão

Certifico que a(o) egrégia (o) QUINTA TURMA
ao apreciar o processo em epígrafe, em Sessão realizada nesta data,
proferiu a seguinte decisão:
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento aos Embargos de
Declaração, com modificação do resultado do julgamento, para dar
parcial provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADORA FEDERAL
SELENE MARIA DE ALMEIDA e DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA.

Brasília, 13 de agosto de 2012.

FÁBIO ADRIANI CERNEVIVA

Secretário(a)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 2006.39.03.000711-8/PA
Processo na Origem: 200639030007118

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
RELATOR P/ :
ACÓRDÃO : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADOR : MARCO ANTÔNIO DELFINO DE ALMEIDA
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRAS
ADVOGADO : MARCELO THOMPSON LANDGRAF E OUTROS(AS)
EMBARGADO : CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A - ELETRONORTE
ADVOGADO : CAREM RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS(AS)
EMBARGADO : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
PROCURADOR : ADRIANA MAIA VENTURINI
EMBARGADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : MANUEL DE MEDEIROS DANTAS

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

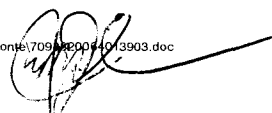
I – Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas **a**, **b**, e **c**, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II – A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, *primordialmente, em terras e*

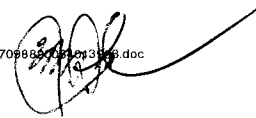
comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante **o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial**, porque diretamente vinculadas à **tradicional teoria da gravidade institucional**, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, **caput**) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

III – 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 efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”***.

IV – A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: ***“Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º 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; **Artigo 7º 1.** Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. **2.** A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. **4.** Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. **Artigo 13 1.** Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; **Artigo 14 1.** Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; **Artigo 15 1.** Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. **2.** Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou



dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

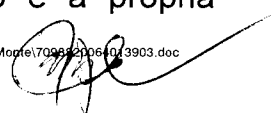
V – Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, **arquivados em 12/11/2007**, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, **caput**), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF – Rel. Ministro Celso de Mello – julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, **inter plures**).

VI – Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência **prévia** dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.



VII – No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um **estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas**. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

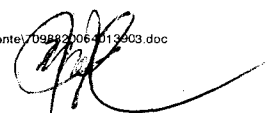
VIII – Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “**defesa do meio ambiente**” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O **princípio do desenvolvimento sustentável**, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra 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 desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: **o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações**” (ADI-MC nº 3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a **Carta Ambiental da França** (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e 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 sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, **a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.**

IX – Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas – Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada 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, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, **caput**, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, **caput** e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, **caput**, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X – 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, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, **caput**), já instrumentaliza, 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 conseqüente **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 da posse e 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 habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

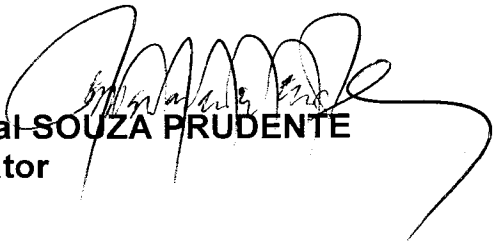
XI– Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII – Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração e, reexaminando o recurso de apelação interposto, dar-lhe parcial provimento.

Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região –
13/08/2012.


Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE
Relator