



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO – FD**

RAFAEL ESPINDULA ANDRADE

**PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE NA GESTÃO DE IMPACTOS DE  
EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS – UM ESTUDO DE CASO DA  
UHE BELO MONTE**

Brasília – DF

2017



RAFAEL ESPINDULA ANDRADE

**PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE NA GESTÃO DE IMPACTOS DE  
EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS – UM ESTUDO DE CASO DA  
UHE BELO MONTE**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (UnB),  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gabriela Garcia  
Batista Lima

Brasília – DF

2017

**RAFAEL ESPINDULA ANDRADE**

**PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE NA GESTÃO DE IMPACTOS DE  
EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS – UM ESTUDO DE CASO DA  
UHE BELO MONTE**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (UnB),  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

. Brasília, 05 de julho de 2017.

Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gabriela Garcia Batista Lima (UnB – orientadora)

---

Biviany Rojas Garzón (ISA – Especialista em CLPI)

---

Amanda Nunes Lopes Espineira Lemos (UnB)

## RESUMO

A presente pesquisa trata dos problemas na gestão de impactos ambientais da UHE Belo Monte ligados à relação entre os elementos econômicos e ecológicos envolvidos. Analisa-se o licenciamento ambiental da usina para se compreender os problemas relativos a esse procedimento, no tocante à relação entre empreendedor e avaliação de impacto ambiental; à publicidade e à transparência do procedimento; bem como à participação pública e ao desenvolvimento das audiências públicas. Com relação à participação de povos e comunidades tradicionais afetadas, faz-se uma análise da jurisprudência acumulada no caso de Belo Monte em relação ao instituto da Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI), analisando-se os votos dos magistrados envolvidos a partir da teoria argumentativa de Neil MacCormick.

## **ABSTRACT**

This research seeks to examine the problems involved in the management of environmental impacts of the UHE Belo Monte, about the relation between the economic and ecologic elements involved. It analyses the environmental licensing of the Belo Monte hydroelectric to understand the issues related to this procedure, about the relation between the entrepreneur and environmental impact assessment; as well as the public participation and the development of public hearings. Concerning to the participation of traditional peoples and communities affected, it analyzes the jurisprudence created in the case of Belo Monte about the Free, Prior and Informed Consultation (FPIC), analyzing the votes of the magistrates involved, by using the theory of argumentative analysis of Neil McCormick.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>3</b>
<i>i. Visão geral da obra</i> .....	3
<i>ii. O objeto da pesquisa e método</i> .....	5
<i>iii. Conceitos e institutos envolvidos na pesquisa</i> .....	7
<i>a. Avaliação de Impacto Ambiental (AIA)</i> .....	7
<i>b. Licenciamento ambiental e gestão de impacto ambiental</i> .....	10
<i>c. Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) das comunidades afetadas</i> .....	14
<b>1.A (In)efetividade do licenciamento ambiental de Belo Monte na proteção do meio ambiente como bem comum</b> .....	<b>17</b>
1.1. <i>Críticas ao licenciamento ambiental</i> .....	17
1.2. <i>Análise do histórico dos EIPIAs de Belo Monte</i> .....	21
1.2.1. <i>A Primeira versão do EPIA de Belo Monte</i> .....	22
1.2.2. <i>A segunda versão do EPIA de Belo Monte</i> .....	26
1.2.3. <i>A terceira versão do EPIA de Belo Monte</i> .....	28
1.2.3.1. <i>Periculum in mora reverso em favor do desenvolvimento econômico</i> .....	30
1.2.3.2. <i>A realização das audiências públicas em condições precárias</i> .....	32
1.3. <i>BNDES e a falta de transparência sobre informações ambientais</i> ..	38
<b>2. A carência de participação pública no planejamento e projeto da UHE Belo Monte</b> .....	<b>42</b>
2.1. <i>A distinção entre os institutos da CLPI, oitiva constitucional e audiência pública</i> 42	
2.2. <i>Análise da ACP do MPF sobre consulta a povos e comunidades tradicionais afetados</i> 44	
2.2.1. <i>Histórico do trâmite do processo</i> .....	44
2.2.2. <i>Análise argumentativa dos votos do acórdão da apelação</i> .....	45
2.2.2.1. <i>Voto da desembargadora Selene de Almeida</i> .....	46

2.2.2.2. Voto condutor do desembargador Fagundes de Deus .....	48
2.2.2.3. Voto da desembargadora Maria do Carmo Cardoso .....	58
2.2.3. Análise argumentativa dos votos do acórdão dos embargos de declaração	
60	
2.2.3.1. Voto do desembargador Souza Prudente.....	60
2.2.3.2. Voto vogal do desembargador federal João Batista Moreira .....	67
2.2.3.3. Voto vogal da desembargadora federal Selene de Almeida .....	69
2.2.4. Análise dos principais pontos suscitados nos votos.....	70
2.2.4.1. Da possibilidade de delegação da competência da oitiva .....	70
2.2.4.2. Momento adequado para consulta .....	71
2.2.4.3. A função da Consulta .....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>79</b>



## INTRODUÇÃO

### *i. Visão geral da obra*

A gestão de impactos ambientais por meio do licenciamento ambiental no Brasil é bastante problemática em diversos sentidos, e o caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte) é bastante ilustrativo das falhas que ainda temos que enfrentar no país. A usina em análise, por exemplo, custou cerca de 30 bilhões de reais para ser construída, e em seu processo de construção movimentou muitos fatores econômicos e sociais, desde os mais diversos tipos de trabalhadores que foram construir a obra, até a população indiretamente afetada pelo crescimento econômico provocado pelo empreendimento, ou ainda empreendedores de outros setores beneficiados pelo aumento da disponibilidade de energia elétrica – com especial destaque para o setor de alumínio<sup>1</sup>.

A hidrelétrica se localiza em dois municípios: em Altamira, mas principalmente em Vitória do Xingu – em uma região de rica biodiversidade conhecida como a Volta Grande do Xingu. Esse nome deve-se ao fato de que o rio Xingu segue seu fluxo longitudinalmente desde a sua cabeceira, até o rio Amazonas, porém ao chegar nessa região em especial, faz uma grande volta, tornando no sentido contrário ao que vinha seguindo e, em seguida, tornando novamente na direção original no sentido do rio Amazonas.

Devido às condições socioambientais da região, a usina foi projetada de uma maneira diferente da convencional. Enquanto tradicionalmente a barragem, a casa de força e o vertedouro se encontram num mesmo local, em Belo Monte esses elementos foram separados pelo rio, criando-se o sítio Pimentel, o sítio de canais e reservatórios intermediários e o sítio Belo Monte. O primeiro sítio tem a função básica de reter o fluxo do rio para verter a água ao canal de derivação, mas conta com uma casa de força auxiliar. O segundo sítio, por sua vez, tem a função básica de criar um reservatório de 516 km<sup>2</sup> para conter um volume de 26.000.000 m<sup>3</sup> de

---

<sup>1</sup> FEARNSSIDE, P. M. 2015. Barragens na Amazônia: Belo Monte e o desenvolvimento hidrelétrico da bacia do Rio Xingu. p. 234. In: Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil, p. 234.

água desviada, com a implantação de 27 diques. O terceiro sítio, por fim, abriga a casa de força principal, com 18 turbinas instaladas<sup>2</sup>.

Com a instalação da UHE Belo Monte, o curso natural do rio Xingu foi bruscamente desviado, legando à Volta Grande apenas 20% da vazão média original de suas águas. As populações ribeirinhas da região, indígenas ou não, foram definitivamente as mais afetadas por essa interferência. Contudo, ainda assim os impactos foram sentidos por diversas outras populações, isso sem mencionar as populações não humanas.

Na região da UHE Belo Monte, encontram-se os povos Juruna, Arara, Xikrin do Bacajá, Asurini do Xingu, Kararaô, Araweté e Parakanã, em diversas terras indígenas. Já a população geral de Vitória do Xingu conta com 4.251 pessoas, enquanto a população de Altamira, com 68.665 habitantes e um grande grupo de comunidades ribeirinhas. O RIMA de Belo Monte apontou que a região deveria receber 96 mil pessoas durante a construção da hidrelétrica<sup>3</sup>.

É evidente que os impactos causados por esse aumento populacional são certos e enormes. Numa tentativa de sintetizar os principais impactos ocorridos na região nesse período, o Instituto Socioambiental – ISA organizou uma publicação lançada antes da emissão da Licença de Operação. Entre as questões suscitadas, tem-se a superlotação do aparato público de saúde; sobrecarga do sistema de ensino da região, com falta de vagas e excesso de alunos em sala de aula; construção do sistema de saneamento sem interligação com os domicílios; aumento de quase 80% do número de assassinatos; conversão da população ribeirinha em população urbana em consequência da falta de condições de manutenção dos modos de vida tradicionais; e pressão sobre as populações indígenas devido a madeireiros ilegais, entre outros<sup>4</sup>. Esses são alguns dentre muitos outros impactos ocorridos na região.

Com exceção do último caso, para todos os demais o empreendedor tinha obrigações claras em forma de condicionantes no licenciamento ambiental, mas as ações adotadas pelo empreendedor não conseguiram conter o agravamento desse tipo de situação. Já no caso dos indígenas, a alta demanda de madeira pelo

---

<sup>2</sup> MAHL, Fernando A. Um Estudo da Usina de Belo Monte. Porto Alegre, 2015. pp. 29-36.

<sup>3</sup> LEME ENGENHARIA LTDA; CAMAGO CORRÊA; ANDRARE GUTIERREZ; ODEBRECHT; ELETROBRÁS; MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. RIMA: Relatório de Impacto Ambiental-Aproveitamento hidrelétrico Belo Monte. Cartilha. Brasília, Maio de 2009.

<sup>4</sup> ISA, Dossiê Belo Monte: Não há condições para a Licença de Operação, 2015..

empreendedor incentivou o mercado ilegal desse recurso na região, devido à baixa capacidade de fiscalização local.

Como se não bastasse, o advento da operação Lava Jato da Polícia Federal chegou a Belo Monte. Das três principais empreiteiras envolvidas na construção da usina e também investigadas na operação, Odebrecht, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez, a última delatou que a propina da construção foi de 150 milhões de reais, dividida entre dois partidos políticos: PT e PSDB<sup>5</sup>.

## ***ii. O objeto da pesquisa e método***

Com esse breve intróito, percebe-se que não é fácil compreender a complexidade dos impactos ambientais de uma usina hidrelétrica. Trata-se de uma realidade que envolve diversos fatores socioambientais e econômicos, suscetíveis, inclusive, de interferência de esquemas de corrupção, além do que, a complexidade técnica afasta a compreensão leiga sobre o assunto<sup>6</sup>.

Nesse sentido, esta pesquisa se organiza de maneira a explorar a temática a partir de casos de Ações Civis Públicas (ACPs) do Ministério Público Federal (MPF) no caso Belo Monte, além de um caso da Controladoria Geral da União (CGU), como fonte de compreensão dos alguns dos principais problemas socioambientais do empreendimento e instrumentos de gestão de impactos utilizados.

Assim sendo, o **Capítulo 1** trata de uma análise crítica do licenciamento ambiental de Belo Monte, especificamente sobre dois temas: o histórico do licenciamento da UHE Belo Monte no que se refere ao papel do empreendedor (**Seção 1.2**) e o caso do BNDES e a transparência nas informações sobre impactos ambientais (**Seção 1.3**). O objetivo é traçar um panorama geral de como se relaciona o fator econômico com o ecológico no licenciamento ambiental de Belo Monte, ou seja, como ambos os fatores atuam de uma forma mutuamente

---

<sup>5</sup> Mais informações em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1758468-propina-de-belo-monte-foi-de-r-150-milhoes-diz-andrade-gutierrez.shtml>.

<sup>6</sup> Inclusive, sobre o tema, o Procurador Geral da República se manifestou em contrarrazões opostas a Eduardo Cunha no Inquérito 4.460 instaurado no Supremo Tribunal Federal em face do senador Romero Jucá, para apurar fatos envolvendo o projeto Madeira (relativo às usinas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau), dizendo que negócios envolvendo o setor de energia tiveram grande atuação da organização criminosa, tanto em razão da complexidade dos investimentos, quanto de dificuldade de atuação técnica de órgãos especializados.

excludente, ao invés de serem conciliados por meio dos instrumentos de direito ambiental.

O papel do empreendedor é analisado a partir da sua participação no processo de elaboração das três versões do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). Analisam-se os desenvolvimentos das três versões dos estudos e, da terceira versão, analisam-se também temas suscitados nas ACPs propostas pelo MPF, explorando as questões críticas levantadas em juízo e compreendendo-as em um contexto analítico com apoio na doutrina especializada.

As ações selecionadas para análise nesse capítulo tratam de (i) validade de estudos ambientais sem Termo de Referência apresentado pelo órgão licenciador; (ii) ausência de licitação para contratação de empresa para confecção de estudos, haja vista que a Norte Energia S.A. (NESA) é uma sociedade de economia mista; (iii) nulidade do aceite dos estudos ambientais por incompletude, devido à ausência de Avaliação Ambiental Integrada; (iv) nulidade de audiências públicas ocorridas devido às características específicas de sua realização; e (v) não consideração das audiências públicas na avaliação dos estudos ambientais. O capítulo é uma análise de conjunto especialmente dos temas suscitados nas ações (i), (ii) e (iv), visando compreender como, no caso em questão, o fator econômico buscou se sobrepor ao fator ambiental.

Ademais, observa-se que uma das principais questões do licenciamento ambiental de Belo Monte está na (falta de) transparência e participação no procedimento. Por isso, o **Capítulo 2** é dedicado a essas questões, majoritariamente no que tange ao direito de Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) às comunidades tradicionais afetadas pela hidrelétrica, uma temática muito importante de ser desenvolvida no direito brasileiro, e que envolve questões de direito internacional, constitucional, ambiental e de comunidades tradicionais. Como a CLPI ainda é um direito em construção jurisprudencial, o capítulo visa compreender, por meio de análise argumentativa do processo de Belo Monte sobre CLPI de autoria do Ministério Público Federal, como se tem compreendido esse direito e por quais vias se busca conferir efetividade.

Haja vista o fato de que tal direito ainda não está assente na jurisprudência nacional, e ainda o fato de a doutrina relativa ser vasta e robusta, buscou-se analisar a Ação Civil Pública empregando-se uma análise argumentativa no sentido de

compreender, em meio às decisões tomadas, quais argumentos apresentam as características de coerência, consistência, consequência e universalidade, conforme a teoria argumentativa de MacCormick.

Do ponto de vista jurídico, a problemática acima desenhada permeia análise do cumprimento dos objetivos do direito ambiental pelos seus instrumentos. Especificamente, fala-se aqui da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), do licenciamento ambiental e da consulta aos povos e comunidades tradicionais afetados

### **iii. Conceitos e institutos envolvidos na pesquisa**

#### **a. Avaliação de Impacto Ambiental (AIA)**

A Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) é, segundo a *International Association for Impact Assessment* (IAIA), um instrumento que serve para assegurar o tratamento das condições ambientais em processos de tomada de decisão; antecipar, evitar, minimizar ou compensar eventuais impactos negativos relevantes nos meios físico, biótico e antrópico; proteger os processos ecológicos do meio ambiente e sua capacidade produtiva; e viabilizar o desenvolvimento sustentável.<sup>7</sup>

Na visão de Sanchez, a AIA pode ser entendida "seja como instrumento analítico, seja como processo (ou ambos), visando antever as possíveis consequências de uma decisão", tendo caráter prévio, vinculativo e de participação pública<sup>8</sup>. Ou seja, trata-se de uma técnica para se prever as consequências ambientais de uma atividade para orientar o ofício de um tomador de decisão a partir de um aparato técnico-científico.

O Brasil adota o instituto da AIA pela primeira vez na Lei nº 6.803 de 22 de setembro de 1980, porém de forma bastante branda, restrita a zonas estritamente industriais<sup>9</sup>. No ano seguinte, com a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), o Estado brasileiro adota uma série de instrumentos de proteção ambiental, entre eles

---

<sup>7</sup> IAIA – International Association for Impact Assessment. *Principles of Environmental Impact Assessment Best Practice*. Fargo: IAIA, Special publication v.1, 1999.7, p. 2.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 42

<sup>9</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. pp. 754-755.

o licenciamento ambiental<sup>10</sup>, bem como extingue a restrição da AIA para zonas industriais, conferindo ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)<sup>11</sup> o encargo de definir as situações em que a avaliação é necessária<sup>12</sup>. É preciso ressaltar que a adoção desses instrumentos pelo Brasil se deu em grande parte por pressão do setor financeiro internacional, que passou a adotar determinadas exigências ambientais para o financiamento<sup>13</sup>.

A primeira Resolução emitida pelo CONAMA, por sua vez, define o que seja "impacto ambiental", bem como conecta a AIA ao procedimento de licenciamento ambiental, ao estabelecer que toda atividade modificadora do meio ambiente dependerá de licenciamento ambiental<sup>14</sup>. Ainda, a mencionada Resolução institui o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), sendo o primeiro a mais conhecida espécie de AIA, e o segundo, uma versão resumida e acessível dos estudos, própria para a apresentação do empreendimento para discussão em audiências públicas<sup>15</sup> e posterior divulgação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), acolhe os estudos de impacto ambiental<sup>16</sup>, sofisticando o instituto inaugurado dois anos

---

<sup>10</sup> PNMA - Lei nº 6.938/1981 - Art. 9º, III e IV: Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) III - a avaliação de impactos ambientais; IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

<sup>11</sup> O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, foi instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/CONAMA/>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

<sup>12</sup> PNMA - Lei nº 6.938/1981 - Art. 8º: Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA: (...) II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como a entidades privadas, as informações indispensáveis ao exame da matéria.

<sup>13</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. 2009, p. 11.

<sup>14</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Resolução 001/1984 Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais. Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA e1n caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: (...)

<sup>15</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Resolução nº 009, de 03 de dezembro de 1987. Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO/conama/N.º 001/84, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

<sup>16</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) - Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder

antes pelo CONAMA. Ressalta-se, agora, o quesito de que os estudos constituem uma etapa **prévia**, pelo que se torna adequado adotar a nomenclatura de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA)<sup>17</sup>, ainda que documentos oficiais e estudos produzidos por empresas especializadas muitas vezes não se utilizem do termo “prévio”. A CRFB/88 ainda postula que a degradação ambiental que demanda estudos deve ser significativa, diferentemente do que previa Resolução do CONAMA, quando atribuía qualquer mudança ambiental ao conceito de impacto ambiental. Por fim, a constitucionalização do direito ambiental ainda destaca a necessidade de publicidade do EPIA – característica essencial ao processo democrático.

A preocupação com a anterioridade dos estudos e a previsibilidade de impactos ambientais está relacionada a dois princípios muito caros ao Direito Ambiental, e que informam diretamente o procedimento de licenciamento ambiental, quais sejam, os princípios da prevenção e o da precaução, que encontram guarida no ordenamento jurídico pátrio, em mandos constitucional<sup>18</sup> e infraconstitucional<sup>19</sup> e em diplomas de direito internacional<sup>20</sup>. A prevenção é a gestão dos riscos certos,

---

Público: IV - exigir, 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.

<sup>17</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 166-167.

<sup>18</sup> Constitucionalmente, o princípio da prevenção pode ser observado no *caput* do artigo 225, quando trata da obrigação de preservação do meio ambiente (Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações). Já a precaução pode ser encontrada no inciso V do mesmo artigo, quando dispõe sobre o controle dos riscos ambientais (V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente).

<sup>19</sup> Infraconstitucionalmente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981), traz, segundo MACHADO (2016, p. 89), o princípio da precaução para o ordenamento pátrio, especialmente em seus artigos 4º, I e VI, que tratam do desenvolvimento sustentável, preservação e utilização racional dos recursos naturais, e disponibilidade permanente dos mesmos; além disso, o artigo 9º, III inclui também a Avaliação de Impacto Ambiental. Já a prevenção é prevista no artigo 2º da mesma Lei.

<sup>20</sup> Internacionalmente, a precaução é prevista, segundo Machado (2016, pp. 90-94) na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, especialmente no Princípio 15; também no Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica ("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 essa ameaça..."); e no Artigo 3º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima ("Princípios – 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quanto surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível"), ambas

também chamados perigos, enquanto que a precaução é a gestão de riscos incertos, ou somente riscos. Ou seja, a responsabilidade na gestão de riscos ambientais inclui tanto os riscos que devem ser conhecidos (cientificamente), quanto aqueles sobre os quais devemos suspeitar devido às evidências.

A partir dessa breve análise, é possível verificar que não há legislação vasta e consistente que delimita a realização de AIA. Assim, além de não haver muitas indicações sobre métodos e tipologia de estudos de avaliação de impactos, também não há muitas indicações explícitas na legislação sobre o uso da AIA, a não ser para fins de licenciamento ambiental.

### ***b. Licenciamento ambiental e gestão de impacto ambiental***

Já no contexto democrático, o CONAMA edita em 1997 uma nova Resolução<sup>21</sup>, por meio da qual busca estabelecer uma forma básica para o procedimento de licenciamento ambiental. O procedimento pode ser realizado por órgãos federais, estaduais ou municipais, sendo traçados alguns critérios na mencionada Resolução. O diploma adota ainda a forma procedimental tripartite, na qual dispõem-se três etapas de emissão de licenças, compatíveis com as principais fases do desenvolvimento do empreendimento ou atividade, quais sejam: a Licença Prévia (LP) para a fase de planejamento; a Licença de Instalação (LI) para a de implantação ou construção; e a Licença de Operação (LO) para o funcionamento. Cada uma das licenças obedece a requisitos do órgão licenciador para sua emissão, bem como acompanha uma série de condicionantes socioambientais que devem ser cumpridas para se dar prosseguimento ao procedimento de licenciamento ambiental.

---

assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Estado brasileiro. Já a prevenção é prevista, segundo o autor, no Preâmbulo da Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito ("As Partes da presente Convenção (...), atentas também ao fato de que a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o meio ambiente dos perigos que esses resíduos representam é a redução ao mínimo de sua geração em termos de qualidade e/ou potencial de seus riscos" e "determinadas a proteger, por meio de um controle rigoroso, a saúde humana e o meio ambiente contra os efeitos adversos que podem resultar da geração e administração de resíduos"); no Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica ("é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica"); no "Artigo 3º do Cap-I – Os Princípios" do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL ("Em suas ações para alcançar o objetivo deste Acordo e implementar suas disposições, os Estados-Partes deverão orientar-se, *inter alia*, pelo seguinte: (...) d) tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problema ambientais").

<sup>21</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA - Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997.



Resumidamente, o licenciamento ambiental de uma hidrelétrica começa com a solicitação do empreendedor ao órgão licenciador pela primeira licença (LP), momento em que o empreendedor junto ao órgão licenciador definem os documentos necessários ao licenciamento ambiental. Nesse momento, o empreendedor deve apresentar um estudo ambiental preliminar, geralmente conhecido por Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA).

O empreendedor recebe, então, um Termo de Referência (TR), que contém as orientações para a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA). Com o EPIA em mãos, o empreendedor pode ser chamado a realizar uma ou mais audiências públicas, a depender do empreendimento. Após a realização da ou das audiências públicas, o empreendedor pode então finalizar seu EPIA e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) – este uma versão resumida e simplificada do estudo e apresentada durante a audiência pública. Como o nome sugere, esse estudo faz o levantamento de todos os impactos ambientais que ocorrerão com o empreendimento, em todas as suas fases (planejamento, projeto, construção, operação e, eventualmente, desativação).

Só então pode o empreendedor submeter o EPIA à avaliação do órgão licenciador, juntamente da ata da audiência pública, para que este decida definitivamente pela viabilidade do empreendimento ou atividade. Ao fim desse processo o empreendedor recebe a Licença Prévia (LP). Como dito, cada uma das licenças que o empreendedor recebe é acompanhada de uma lista de condicionantes, que são obrigações a serem cumpridas pelo empreendedor para gerir os efeitos previstos para a fase da obra em questão.

Para conseguir então a Licença de Instalação (LI) e poder construir a hidrelétrica, uma das condicionantes é que o empreendedor apresente um Projeto Básico Ambiental (PBA), que é um grande projeto organizado em programas para gestão de impactos ambientais das fases de construção e operação do empreendimento. Essa é a principal condicionante da fase de instalação.

Em sequência, a Licença de Operação (LO) pode ser solicitada quando cumpridas as condicionantes da licença anterior. A avaliação de cumprimento de condicionantes sempre acontece por meio de Pareceres Técnicos do órgão licenciador, que no caso da UHE Belo Monte é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Ademais, outros documentos importantes também são requeridos durante o procedimento de licenciamento, como o Projeto Executivo, a Outorga de Água da Agência Nacional de Águas (ANA) e a Declaração de Utilidade Pública (DUP), contudo, seu conhecimento é dispensável para o nosso propósito nesta pesquisa.

Como todas as licenças emitidas no licenciamento ambiental, a LO também apresenta validade. Por isso, o procedimento de licenciamento é um ciclo indefinido de solicitação de Renovação de Licença de Operação (RLO) e comprovação de cumprimento de condicionantes socioambientais. Para a desativação do empreendimento, também há imposição de condicionantes, pelo órgão licenciador.

O licenciamento ambiental se relaciona com os mencionados princípios ambientais da precaução e prevenção, e também com o da reparação, segundo o qual é responsabilidade daquele que deu causa à degradação ambiental a reparação da mesma. Esse princípio também é previsto em tratados assinados pelo Brasil, seja na Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>22</sup>, seja no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo<sup>23</sup>. Constitucionalmente, a obrigação de reparar dano ambiental também está prevista<sup>24</sup>. E infraconstitucionalmente, a reparação está prevista principalmente na PNMA<sup>25</sup>.

Uma gama enorme de princípios do direito ambiental pode ser evocada para explicar e sustentar o licenciamento ambiental, contudo, dois últimos princípios ainda merecem ser enfocados no contexto desta pesquisa: o princípio da informação e o princípio da participação.

Os dois princípios são, segundo Paulo Affonso Leme Machado, indissociáveis<sup>26</sup>, estando previstos na Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>27</sup> e na

---

<sup>22</sup> "Princípio 13 – Os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar da mesma forma, de maneira rápida e mais decidida, na elaboração das novas normas internacionais sobre responsabilidade e indenização por efeitos adversos advindos dos danos ambientais causados por atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle, em zonas situadas fora de sua jurisdição".

<sup>23</sup> "Nº 7 – Atingir tal fim, em relação ao meio ambiente, exigirá a aceitação de responsabilidades por parte de cidadãos e comunidade, e por empresas e instituições, em todos os níveis, participando todos de maneira justa nos esforços comuns".

<sup>24</sup> "Art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

<sup>25</sup> "Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VI - à 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".

<sup>26</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128.

Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso À Justiça em Matéria de Meio Ambiente<sup>28</sup>. É muito necessário ressaltar a importância desses princípios, especialmente no contexto da crise institucional brasileira, quando empresas e governo não raro são pegos em grandes esquemas de corrupção envolvendo recursos naturais, que são, por definição legal, pertencentes a toda coletividade<sup>29</sup>. É um contrassenso esconder do público informações sobre a gestão dos bens que são de sua propriedade. Além disso, é importantíssimo assegurar a participação pública nos processos decisórios, justamente pelo fato de que o que é público logicamente deve estar sob gestão democrática e acessível.

Haja vista a caracterização do licenciamento ambiental no Brasil, releva ressaltar questões críticas comuns relativas ao procedimento, que evidenciam sua carência de efetividade no adequado trato dos impactos socioambientais provocados quando da implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente poluidoras – especialmente diante das novas propostas legislativas de reformulação do instituto, tendentes a flexibilizá-lo<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> "Princípio 10 – A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos".

<sup>28</sup> "Artigo 3º, 1 – Cada Parte tomará as necessárias medidas legislativas, reguladoras e outras para conseguir a compatibilidade entre as disposições, implementando a informação, a participação do público e o acesso à justiça como previsto nesta Convenção, bem como medidas apropriadas para estabelecer e manter um enquadramento claro, transparente e consistente para implementação das disposições desta Convenção."

<sup>29</sup> CRFB. "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

<sup>30</sup> Uma série de Projetos de Lei para regulamentar o licenciamento ambiental foram propostos recentemente aproveitando o vácuo legislativo que enfraquece o instituto no ordenamento pátrio. Entre os principais projetos de lei de licenciamento ambiental no Brasil que podem trazer inúmeros prejuízos para a efetividade do instituto, encontram-se a Medida Provisória nº 727/2016, o Projeto de Lei do Senado nº 654/2015, o Projeto de Lei do Senado nº 602/2015, o Projeto de Lei nº 3.729/2004, a Proposta de Emenda à Constituição nº 65/2012 e proposta de Resolução do CONAMA.

### ***c. Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) das comunidades afetadas***

Outro instituto importante de ser esclarecido é a Consulta Livre Prévia e Informada (CLPI) ou ainda Consulta e Consentimento, Prévio, Livre e Informado (CCPLI). Trata-se de um instituto deveras útil ao fortalecimento do licenciamento ambiental no que tange à proteção das comunidades tradicionais frente aos impactos causados por empreendimentos ou atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Trata-se de um instituto de direito internacional inaugurado pela Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais<sup>31</sup> que, além de dispor, entre outros, sobre direito ao território, à saúde, à cultura e à educação dos povos indígenas e comunidades tradicionais, traz um dispositivo sobre a necessidade de consulta específica a povos sempre que houver medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente<sup>32</sup>. O diploma detém status de supralegalidade<sup>33</sup>, haja vista consistir em tratado internacional que versa sobre direitos humanos.

O caráter de consentimento da CLPI é uma questão ainda não precisamente estabelecida jurisprudencialmente, ainda que doutrinariamente seja mais palpável. Por essa razão, adota-se, na presente pesquisa, a nomenclatura CLPI, ao invés de CCPLI.

No sentido de produzir efeitos reais, a consulta deve logicamente ser necessariamente prévia à decisão capaz de afetar os direitos dos povos interessados. Para isso, a definição do momento da consulta – por exemplo, no licenciamento ambiental – é um dos pontos mais importantes quando da aplicação desse instituto na implantação de empreendimentos ou atividades poluidoras.

A informação também é um ponto essencial da consulta, considerando-se que é necessária a devida informação sobre o conteúdo a ser consultado, sem que isso implique em prejuízo da anterioridade da medida. Se por um lado é necessário que

---

<sup>31</sup> Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e incorporada no sistema jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

<sup>32</sup> Convenção nº 169/1989 - OIT, 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.

<sup>33</sup> A tese da supra legalidade é desenvolvida no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP do STF.

se esclareça qual seja a medida legislativa ou administrativa capaz de afetar a comunidade consultada, por outro lado é inviável esperar que o procedimento amadureça para que se realize a consulta, já que tal amadurecimento muitas vezes implica em superação de etapas decisórias importantes após as quais os efeitos práticos da consulta inexistem.

Ainda, a Consulta é frequentemente ignorada em procedimentos de licenciamento ambiental, ou confundida com outros institutos como a audiência pública do licenciamento ambiental e a oitiva constitucional<sup>34</sup>, e não foi diferente no caso em análise neste escrito. Cada um desses institutos tem origem própria e função específica dentro da proteção do direito material dos povos indígenas e tradicionais, não podendo ser confundidos a CLPI com o licenciamento ambiental ou ainda com disposições constitucionais. Os institutos podem, contudo, ser harmonizados no sentido de conferir efetividade recíproca, possibilitando a proteção aos direitos humanos materiais de povos tradicionais.

A Consulta, então, é um meio; um procedimento para a realização de direitos materiais de comunidades tradicionais. Se por um lado o ordenamento jurídico pátrio reconhece direitos materiais a povos e comunidades tradicionais, por outro lado é necessário reconhecer meios legítimos de assegurar a efetividade desses direitos, e a Consulta Livre, Prévia e Informada pode ser ferramenta útil nesse sentido, a depender de como é interpretada e empregada<sup>35</sup>.

Logo se vê que esse direito guarda forte sintonia com questões relevantes ligadas à efetividade do licenciamento ambiental. Assim, entendendo que a participação no geral – e a participação específica de povos e comunidades tradicionais que necessitam de uma inclusão própria – é uma questão muito importante; e considerando ainda que o direito de participação de povos e comunidades tradicionais se encontra em estágio muito inicial de construção jurisprudencial, o que pode apresentar diversos ganhos para o licenciamento

---

<sup>34</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) - 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.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: De Justicia, 2011.

ambiental como um todo no futuro, reservou-se uma parte da pesquisa para a análise dos julgados do caso Belo Monte.

## **1. A (In)efetividade do licenciamento ambiental de Belo Monte na proteção do meio ambiente como bem comum**

### **1.1. Críticas ao licenciamento ambiental**

Para contextualizar a gestão de impactos do empreendimento em questão, e por ter sido escolhido, na presente pesquisa, o licenciamento ambiental como instrumento de gestão de impactos socioambientais a ser focado, é importante entender as principais críticas que se faz ao instituto.

Que o licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente para a proteção da integridade do meio ambiente, ninguém discute. Contudo, a efetividade do instituto é de caráter duvidoso quando é aplicado isoladamente de um contexto maior de proteção ao meio ambiente. Infelizmente essa é uma realidade não muito incomum, o que leva o instituto a ser visto como uma mera formalidade no processo de implantação de um empreendimento ou atividade potencial ou efetivamente poluidora, a exemplo do caso de Belo Monte.

A primeira crítica importante ao licenciamento ambiental, diretamente ligada à sua efetividade no caso específico, é que, segundo auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Ibama em 2009, o órgão não apresentaria capacidade de acompanhar sistematicamente os impactos e riscos ambientais dos empreendimentos que licencia<sup>36</sup>. É importante inaugurar essa seção crítica com esse argumento, pois, haja vista a pesquisa tratar da eficiência do licenciamento ambiental de Belo Monte na gestão de impactos socioambientais, a participação do órgão licenciador como fiscalizador é premente.

Segundo o relatório mencionado,

De acordo com as evidências (...), ficou nítido neste trabalho que os impactos e riscos ambientais das obras licenciadas pelo Ibama não são avaliados e acompanhados sistematicamente em todas as fases do licenciamento. A ausência deste controle sistemático pode comprometer a efetividade do licenciamento ambiental como um todo, visto que o seu

---

<sup>36</sup> TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.362/2009-4 Relatório de Levantamento de Auditoria no IBAMA - avaliação dos instrumentos de controle ambiental. 2009. p. 10.

objetivo principal é de garantir a mitigação dos impactos negativos do empreendimento e potencializar os positivos.

O mesmo diagnóstico realizado pelo TCU indicou que o Brasil carece de "indicadores e critérios formais de avaliação dos impactos ambientais para cada tipologia de obra", o que "também compromete o processo de AIA"<sup>37</sup>. Esse fator pode ser claramente observado, haja vista que a normatização mais consolidada sobre licenciamento ambiental advém de Resoluções emitidas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), especialmente as Resoluções nº 001/1984 e nº 237/1997. Não há uma legislação federal para o licenciamento ambiental, nem mesmo Resoluções precisas, claras e robustas para cada tipo de empreendimento ou atividade licenciada pelo Ibama. No âmbito estadual e municipal, por vez, a situação não é melhor, senão, em geral, pior. Esse fator certamente afeta a boa condução do procedimento de licenciamento ambiental.

Ainda há duas importantes críticas apontadas sobre o licenciamento ambiental no Brasil que são bastante pertinentes no caso em tela. A primeira se refere à deficiência do conhecimento técnico-científico tanto dos técnicos dos órgãos ambientais, quanto dos responsáveis pelo desenvolvimento do EPIA e RIMA<sup>38</sup>. Segundo o mencionado relatório do TCU<sup>39</sup>, existe uma falta de conhecimentos técnicos e formulação de métodos que implicam em carência de fundamentação técnica e científica. O órgão ainda ressalta que

é importante que os critérios técnicos e metodológicos adotados na análise e concessão de licenças ambientais sejam padronizados e harmonizados para facilitar o estabelecimento de exigências e o controle e inspeção dos aspectos ambientais nos empreendimentos, para uniformizar e dar transparência ao processo de licenciamento, e para que os empreendedores conheçam quais os critérios são adotados pelo órgão ambiental para a concessão das licenças. A geração de procedimentos padronizados do licenciamento ambiental, que possam ser atualizados

---

<sup>37</sup> TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.362/2009-4 Relatório de Levantamento de Auditoria no IBAMA - avaliação dos instrumentos de controle ambiental. 2009. pp. 14-15.

<sup>38</sup> REIS, Dartisson de Castro. Análise crítica do processo de licenciamento ambiental de usinas fotovoltaicas. 2015. 151 p. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica - Faculdade de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 120.

<sup>39</sup> TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.362/2009-4 Relatório de Levantamento de Auditoria no IBAMA - avaliação dos instrumentos de controle ambiental. 2009. pp. 30-37.



sempre que necessário, faz parte dos conceitos de melhoria contínua de um sistema de qualidade.

Ou seja, a deficiência técnico-científica no licenciamento ambiental prejudica também a transparência, a inspeção e o controle.

Especificamente sobre a questão da transparência, Reis nos explica que "Não há por parte dos órgãos reguladores do processo de licenciamento ambiental transparência com relação às análises dos processos anteriores e acesso às decisões e procedimentos exigidos nos licenciamentos". Segundo o autor, a infraestrutura precária do Sistema de Licenciamento Ambiental Federal (SISLIC) é causa da falta de meios de acesso à informação. Não há banco de dados sobre precedentes, e os únicos relatórios realizados no âmbito do SISLIC são de licenças emitidas por ano; licenças emitidas por período; quantidade de licenças emitidas por tipo e ano; e licenças emitidas por ano em estados e municípios. Assim, o controle social e institucional da efetividade fica prejudicado, pois "não há uma sistematização das informações disponíveis, de fácil acesso, que pudesse ser consultada para que fosse possível a realização de um controle social das atividades e empreendimentos"<sup>40</sup>.

A segunda crítica importante de se ressaltar é quanto ao processo de participação pública nas tomadas de decisão do licenciamento ambiental. Se a participação é prevista em Resoluções do CONAMA na forma de audiências públicas<sup>41</sup>, sua efetividade também deve ser analisada.

Silva e Silveira explicam que o judiciário nacional entende que a participação popular na audiência pública é mera consulta, o que é problemático, pois, nessa concepção "os administradores frequentemente têm pouca sensibilidade para com as percepções de risco das populações envolvidas em um empreendimento de impacto ambiental"<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> REIS, Dartisson de Castro. Análise crítica do processo de licenciamento ambiental de usinas fotovoltaicas. 2015. 151 p. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica - Faculdade de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 123.

<sup>41</sup> BRASIL. Resolução CONAMA 001, de 23 de janeiro de 1986. Conselho Nacional de Meio Ambiente. BRASIL. Resolução CONAMA 009, de 03 de dezembro de 1987. Conselho Nacional de Meio Ambiente.

<sup>42</sup> SILVA, Cíntia T. P.; SILVEIRA, Clóvis E. M. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta?. Direito Ambiental II: XXIII Congresso Ambiental do CONPEDI. Florianópolis, 2014, pp. 307-308.

Os autores entendem que, se por um lado a ausência de vínculo é um problema, por outro lado a vinculação irrestrita e não mediada também o é, devido à falta de conhecimento técnico e científico da população em geral. Assim, a solução deve ser buscada no sentido de fazer encontrarem-se argumentos de diversas áreas de conhecimento especializado, para o que seria necessário repensar todo o processo a partir de uma matriz ao mesmo tempo mais científica e democrática.

O caso Belo Monte apresenta uma série de momentos nos quais o licenciamento ambiental não conseguiu lograr êxito em proteger o meio ambiente, especialmente devido ao fato de que a decisão política sobre a implantação da obra ocorreu em um espaço anterior à avaliação dos impactos socioambientais provocados pela mesma – como é a regra.

O direito à participação também é um direito amplamente vedado aos povos e comunidades tradicionais, apesar de legislação específica. Essa questão será desenvolvida no **Capítulo 2**.

É evidente que o órgão licenciador pode, através de sua competência técnica, rejeitar a implantação da obra e não conceder as licenças. Porém, considerando que tanto presidente, como diretor de licenciamento do Ibama deixaram o cargo durante o licenciamento da usina, pouco antes da emissão de licenças ambientais<sup>43</sup>; e considerando também que um grupo conhecido como Painel de Especialistas, composto por profissionais de competência notável nas suas respectivas áreas, compilou uma série de estudos que demonstram a inviabilidade do empreendimento; e considerando ainda a flagrante participação dos envolvidos na construção de Belo Monte com esquemas de propinas milionárias revelados pela operação Lava Jato, então defender que as tomadas de decisão no âmbito do licenciamento ambiental de Belo Monte significaram uma adoção de medidas estritamente “técnicas” é duvidoso, senão temerário.

Com base nesse entendimento, prossigo à seção de análise do histórico dos Estudos Prévios de Impacto Ambiental de Belo Monte (**Seção 1.2**) e do caso do BNDES referente a transparência institucional (**Seção 1.3**).

---

<sup>43</sup> Mais informações em: <http://qvces.com.br/presidente-do-ibama-pede-demissao-e-deixa-o-instituto?locale=pt-br> e <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-do-ibama-esta-desconfortavel-no-cargo-diz-marina,475591>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

## 1.2. Análise do histórico dos EIPIAs de Belo Monte

No Brasil, a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é de responsabilidade do empreendedor, sendo posteriormente levado à avaliação do órgão responsável pelo licenciamento da obra<sup>44</sup>. A crítica a esse modelo se dá justamente pelo de fato de que o mesmo interessado em ter aprovadas as licenças para implantação de seu empreendimento é o responsável pela produção do conteúdo que subsidiará a decisão do órgão licenciador. Quando o empreendedor contrata uma empresa especializada para que esta realize os estudos que permitirão que ele consiga suas licenças, teme-se que alguma ingerência do empreendedor sobre a empresa que realiza os estudos possa afetar a legitimidade destes.

O caso mais emblemático no direito brasileiro sobre o tema se deu quando da construção da usina hidrelétrica de Barra Grande, no rio Pelotas (divisa entre Santa Catarina e Rio Grande do Sul), que simplesmente invisibilizou uma porção rara de floresta com Araucárias que conteria alto índice de diversidade genética. Além disso, subdimensionou flagrantemente ambientes de florestas primárias, de florestas em estágio avançado e em estágio médio de regeneração, e de campos naturais. Isso tudo ocorreu e o Ibama já havia emitido Licença de Instalação para a obra<sup>45</sup>.

Não é de se assustar que o licenciamento ambiental não tenha conseguido evitar essa questão, haja vista a já mencionada incapacidade técnica do órgão em acompanhar todos os procedimentos de licenciamento ambiental que são de sua responsabilidade.

Já no caso de Belo Monte, a questão da relação íntima entre o empreendedor e o EPIA/RIMA foi tão grave que num lapso de aproximadamente 10 anos, 2 versões dos estudos foram rejeitadas por causas diversas até que a terceira fosse derradeiramente aprovada.

Passa-se, então, à análise do histórico das três versões do EPIA/RIMA apresentadas.

---

<sup>44</sup> CONAMA 237/97 Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas: II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

<sup>45</sup> PROCHNOW, M. (Org.). Barra Grande: a hidrelétrica que não viu a floresta. Rio do Sul: Apremavi, 2005, pp. 6-7.

### 1.2.1. A Primeira versão do EPIA de Belo Monte

A primeira versão do EPIA, apresentada em 2010, havia sido elaborada pela Central Nacional dos Engenheiros Consultores (CNEC). Nesse caso, houve um repasse da tarefa de coleta de dados para empresas subcontratadas, mantendo a CNEC o controle editorial dos relatórios e das conclusões da pesquisa. Durante a elaboração do EPIA, a CNEC foi comprada pela empreiteira Camargo Corrêa – posteriormente uma das grandes deladoras da operação Lava-Jato da Polícia Federal, que expôs o esquema de propinas milionárias de Belo Monte –, que já à época era empresa que deveria ser contratada para a própria construção da barragem, e que efetivamente o foi, junto a outras, no Consórcio Construtor de Belo Monte (CCBM)<sup>46</sup>. O mesmo grupo possui uma usina metalúrgica que viria a ser alimentada pela energia produzida pelas barragens do rio Xingu<sup>47</sup>.

É preciso lembrar que o mau histórico da CNEC não se limita a Belo Monte. A empresa (parte da australiana WorleyParsons desde 2010) também realizou estudos sobre outra grande hidrelétrica que causaria graves impactos socioambientais, também no estado do Pará, e que teve seu licenciamento ambiental recentemente cancelado pelo Ibama (a UHE São Luiz do Tapajós) por apresentar gravíssimos problemas no seu EPIA/RIMA. Mais de 180 pontos dos estudos teriam de ser aprofundados. Também na hidrelétrica Mauá, no rio Tabigí, no Paraná, a empresa adulterou o trabalho de diversos técnicos contratados para a execução de laudos especializados, o que resultou em ação do MPF e multa de R\$ 40 milhões por danos coletivos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> O Consórcio Construtor de Belo Monte é formado por Andrade Gutierrez (18%\*); Odebrecht (16%\*); Camargo Corrêa (16%\*); Queiroz Galvão (11,5%\*); OAS (11,5%\*); Contern (10%); Galvão (10%\*); Serveng (3%); J. Malucelli (2%); e Cetenco (2%). As empresas apontadas com asterisco tem alguma relação com a Operação Lava-Jato. Mais informações em: <https://jota.info/lavajota/>.

<sup>47</sup> FEARNISIDE, P. M. 2015. Barragens na Amazônia: Belo Monte e o desenvolvimento hidrelétrico da bacia do Rio Xingu. p. 234. In: Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil.

<sup>48</sup> Para mais informações, acessar:

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/41228/conflito+de+interesses+leva+a+falhas+e+omissoes+em+estudos+de+impacto+ambiental+de+hidreletricas+brasileiras.shtml>. Acessado em 05 de junho de 2017.

Na época em que a CNEC era responsável pelos estudos de Belo Monte, o projeto ainda era chamado de Kararaô, e estava dentro de um planejamento de barramento do rio Xingu, cujo inventário hidrelétrico registrava 47 locais para instalação de barragens. A partir daí foram definidas duas alternativas de projetos de barramentos, aproveitando 6 (na Alternativa A) ou 7 (na Alternativa B) potenciais hidrelétricos disponíveis:

### **Barragens da Alternativa A**

Kararaô, Babaquara, Iriri, Kokraimoro, Ipixuna e Jarina

### **Barragens da Alternativa B**

Kararaô, Babaquara, Carajari, Carajás, Iriri, Kayapo e Gorotire

Kararaô era, em ambos os projetos, a barragem principal, devido ao potencial hidrelétrico da Volta Grande do Xingu ser considerado alto. As outras barragens serviriam de controle da vazão do rio para manutenção dos níveis de produção de Kararaô<sup>49</sup>.

Fearnside conta que, quando da apresentação dessa primeira versão do EPIA/RIMA de Belo Monte, a empresa responsável pelos estudos, a CNEC, realizou uma Audiência Pública em Altamira-PA, em um "pequeno cinema local, com um número significativo dos assentos ocupados por autoridades locais e pelos seus convidados, com o resultado de que muitas pessoas que questionavam a barragem foram excluídas por falta de espaço"<sup>50</sup>. Assim, nota-se, pois, que já nesse momento a participação pública é preterida em relação à decisão de implantação do empreendimento. Contudo, o anseio do público por trazer sua voz ao debate ainda assim se impôs pelo que merece especial enfoque no trabalho realizado das comunidades indígenas afetadas.

Kararaô é uma palavra do vocabulário do povo kayapó com sentido religioso e conotação guerreira. Foi com o apoio de movimentos populares e protagonismo desse povo que mudanças relevantes aconteceram no projeto original.

---

<sup>49</sup> MAHL, Fernando A. *Um Estudo da Usina de Belo Monte*. Porto Alegre, 2015.

<sup>50</sup> EARNSIDE, P. M. 2015. Barragens na Amazônia: Belo Monte e o desenvolvimento hidrelétrico da bacia do Rio Xingu. p. 234. In: *Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras*. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil, p. 234.

Durante o 1º Encontro dos Povos Indígenas do Xingu em Altamira, em 1989, a liderança indígena kayapó Tuíra, que até hoje luta pelos direitos dos povos indígenas do Brasil, apontou um facão no rosto de José Antônio Muniz Lopes, o então representante da ELETRONORTE, sociedade que veio a ser substituída pela atual Norte Energia na condução dos processos de implementação da hidrelétrica. Esse episódio teve repercussão internacional, atraindo visibilidade para o protesto dos indígenas sobre os impactos ambientais que viriam a sofrer com a implantação das obras<sup>51</sup>.

Fearnside conta que após esse episódio as cinco hidrelétricas projetadas a montante de Belo Monte abruptamente desapareceram do discurso público da ELETRONORTE. Em 2008 houve anúncio de que somente uma barragem (Belo Monte) seria construída, ao menos à época. Isso não implica, evidentemente, em abandono de uma futura retomada dos demais projetos sobre o rio<sup>52</sup>.

Vê-se que, nesse caso, os institutos de direito ambiental não foram suficientes para a realização da proteção do meio ambiente, pelo que fora necessária ativa participação das comunidades tradicionais para se buscar alternativas para a proteção de seu território.

Uma das coisas mais relevantes nesse momento do caso é o fato de que o projeto foi alterado já na fase do licenciamento ambiental, ou seja, na fase de projeto da obra. Contudo, segundo Sanchez,

As avaliações individuais de projetos frequentemente suscitam controvérsias públicas nas quais os questionamentos se referem a decisões tomadas anteriormente ou decorrem da mera continuidade de políticas já estabelecidas e cujas consequências ambientais já são conhecidas<sup>53</sup>.

Ou seja, uma gestão mais eficiente dos recursos energéticos, considerando seriamente características ambientais do país, deve ser realizada em um nível anterior, durante o processo de planejamento da obra, ou ainda, de planejamento do

---

<sup>51</sup> FAINGUELERNT, M. B. A trajetória histórica do processo de licenciamento ambiental da usina hidrelétrica de Belo Monte. *Ambiente. soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 245-264, Junho 2016.

<sup>52</sup> FEARNSTIDE, P. M. 2015. Barragens na Amazônia: Belo Monte e o desenvolvimento hidrelétrico da bacia do Rio Xingu. p. 234. In: *Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras*. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil, p. 234.

<sup>53</sup> SÁNCHEZ, Luis Enrique. Por que não avança a avaliação ambiental estratégica no Brasil?. *Estud. av.*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 167-183, abr. 2017.

sistema energético brasileiro. Isso porque, considerando que o licenciamento ambiental hoje é sempre um jogo entre o interesse ecológico de um lado e o interesse econômico de outro, decidir pela implantação de uma obra de infraestrutura antes de considerar minuciosamente o componente ambiental faz com que muitos recursos sejam dispendidos desnecessariamente, ou seja, haja perda de eficiência.

Antes de entrar nesse jogo, porém, ainda na fase de planejamento das obras de infraestrutura energética previstas para o país, se o componente ambiental é seriamente considerado, envolvendo debate e participação pública, em especial de eventuais povos e comunidades tradicionais afetados, evitam-se dois cenários comuns do licenciamento ambiental, ou seja, da fase de projeto: (i) a sobreposição do interesse econômico sobre o ambiental ou (ii) o dispêndio de recursos financeiros com a reformulação de projetos executivos de obras e estudos ambientais. Nesse sentido, a solução de Sanchez de que seja empregada a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) no país, cujo fito é justamente antecipar as avaliações ambientais para momento de planejamento de políticas públicas no país, se mostra deveras pertinente.

No sentido de conceituar o método de avaliação, Sanchez diz que

A Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) é o nome que se dá a todas as formas de avaliação de impacto de ações mais amplas que projetos individuais. Tipicamente, a AAE refere-se à avaliação das consequências ambientais de Políticas, Planos e/ou Programas (PPP), em geral no âmbito de iniciativas governamentais, embora possa também ser aplicada em organizações privadas<sup>54</sup>.

Se o interesse na proteção do ambiente é tão considerado quanto o interesse econômico – ambos constitucionalmente protegidos – então devem ser considerados simultaneamente, sem preferências a nenhum dos dois.

“Na década de 1980 é que **surgiu esse negócio de meio ambiente**. Porque antes não tinha nada. Surgiu com a [resolução] Conama 001, de 1986”, diz José

---

<sup>54</sup> SÁNCHEZ, Luis Enrique. Por que não avança a avaliação ambiental estratégica no Brasil?. Estud. av., São Paulo, v. 31, n. 89, p. 167-183, abr. 2017.

Antônio Muniz Lopes<sup>55</sup>. De fato, conforme Moretto et al.<sup>56</sup>, em sintonia com o que disse este ex-presidente da ELETROBRÁS (2008-2011), foi entre as décadas de 80 e 90 que a legislação ambiental de proteção da Amazônia começou a evoluir e se multiplicar, mas nessa época houve um movimento crescente também no sentido de aumento da exploração de maiores potenciais hidrelétricos na região. Contudo, a fala do empreendedor de certa forma revela que “esse negócio de meio ambiente” surgiu como um empecilho ao desenvolvimento do setor de hidrelétricas.

### 1.2.2. A segunda versão do EPIA de Belo Monte

Com um novo projeto de barramento do rio Xingu, um novo EPIA foi encomendado. Sendo a ELETRONORTE uma empresa de economia mista, seus contratos ficam submetidos à Lei de Licitações<sup>57</sup>. Contudo, alegando se tratar de contratação de empresa de notória especialização, o contratante entendeu enquadramento no previsto no art. 24, inciso XIII da Lei<sup>58</sup>, sendo, portanto, inexigível a licitação no caso. Dessa forma, escolheu contratar com uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) de nome Fundação de Amparo e Desenvolvimento de Pesquisa (Fadesp), vinculada à Universidade Federal do Pará.

Entretanto, a inquestionável reputação ético-profissional exigida pelo dispositivo não fora cumprida. A Fadesp tem em seu currículo duas grandes e importantes obras do setor de empreendimentos hidroviários do Brasil para as quais realizou estudos e que tiveram problemas. A primeira é a hidrovia Teles Pires-Tapajós, que, após os estudos, não conseguiu licença ambiental do Ibama e posteriormente foi embargada, por sentença, pelo Juízo Federal de Santarém. Já na hidrovia Araguaia-Tocantins, teve estudos rejeitados pelo órgão licenciador, inclusive

---

<sup>55</sup> LEITE, Marcelo et al. A Batalha de Belo Monte, Capítulo 5 – Quatro décadas de lutas. Folha de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2013/12/16/belo-monte/m/index.html>. Acesso em 05 de maio de 2017.

<sup>56</sup> MORETTO, Evandro Mateus et al. Histórico, tendências e perspectivas no planejamento espacial de usinas hidrelétricas brasileiras: a antiga e atual fronteira Amazônica. Ambient. soc., São Paulo, v. 15, n. 3, p. 141-164, Dec. 2012.

<sup>57</sup> Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>58</sup> Lei nº 8.666/93. Art. 24. É dispensável a licitação: XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;



quando da apresentação de nova versão dos mesmos. Sem licenças e com várias ações judiciais propostas, as obras foram suspensas.

Com esses argumentos, o Ministério Público Federal moveu Ação Civil Pública<sup>59</sup> contra a Fundação e contra a ELETRONORTE, visando exigir abertura de licitação para contratação da empresa que fosse realizar o estudo, acrescentando ainda que a Fadesp "nem mesmo possui estrutura para enfrentar o desafio, que se traduz de enorme grandiosidade dada a complexidade do trabalho e a dimensão econômica que lhe foi conferida, R\$ 3,8 milhões".

O pleito foi considerado procedente no juízo de primeira instância, e reafirmado diante do recurso de Apelação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), entendendo-se que, além de ferir disposição constitucional, o contrato

não poderia ter sido realizado com dispensa de licitação uma vez que a suspeita lançada sobre a idoneidade técnica é fundamento plausível para o questionamento sobre a legitimidade do ato praticado com fundamento no art. 24, XIII, da Lei no 8.666/93

Esse caso é facilmente compreendido a partir da visão do licenciamento ambiental como empecilho ao desenvolvimento econômico. A busca por realizar formalmente os estudos necessários ao licenciamento com apoio de uma organização escolhida, ao invés de se abrir um processo de licitação, claramente está relacionada com o anseio de acelerar o licenciamento.

Não é ilegítimo buscar ser mais célere no licenciamento, porém, quando isso implica em abrir mão da qualidade dos estudos, entregando sua elaboração a uma empresa cujo histórico reconhecidamente não é favorável, não demonstra a precaução adequada num processo de implementação de uma obra que, como visto, geraria enormes impactos ambientais. Isso é especialmente delicado, haja vista que a condição para escolha da empresa sem licenciamento é exatamente um ótimo histórico técnico.

Por fim, a tentativa de acelerar o procedimento de licenciamento ambiental, sem a devida precaução e consideração do componente ambiental, terminou por

---

<sup>59</sup> Ação Civil Pública nº 2001.39.00.005867-6/PA

gerar ainda mais atraso e ainda mais gastos. Ou seja, tornou-se uma medida ineficiente.

Nos dois casos acima citados, o que mais salta aos olhos é, pois, que não se compreende o componente ambiental como algo de relevância estratégica, que deva ser considerado efetivamente no planejamento e projeto de uma obra. De outra forma, a questão ambiental ainda é vista como algo a ser resolvido durante o processo de construção. A obra não é gerada a partir do contexto social, ambiental e político em que se insere; a obra significa modificar o contexto para a necessidade econômica. E nesse pensamento já precário, a participação de comunidades tradicionais é ainda mais diminuta.

### 1.2.3. A terceira versão do EPIA de Belo Monte

O terceiro EPIA/RIMA da UHE Belo Monte, produzido pela Leme Engenharia<sup>60</sup>, também não se viu livre de intempéries. Foram movidas 5 Ações Cíveis Públicas pelo Ministério Público Federal questionando a regularidade e validade dos estudos, listadas abaixo:

1. **Número:** 0283-42.2007.4.01.3903. **Réu:** Eletrobrás. **Lide:** confecção de EPIA/RIMA sem Termo de Referência do órgão licenciador competente (Ibama). **Situação:** considerada improcedente em primeira instância. Recorrido.
2. **Número:** 3843-98.2007.4.01.3900. **Réus:** Eletrobrás / Norberto Odebrecht / Andrade Gutierrez / Camargo Correa. **Lide:** ausência de licitação em convênio para elaboração de EPIA/RIMA (Acordo de Cooperação Técnica ECE-120/2005). O convênio configuraria em verdade contrato administrativo. **Situação:** mérito provido por unanimidade, com cancelamento do acordo da Eletrobrás com as empreiteiras. Embargos de declaração pela Eletrobrás.
3. **Número:** 25779-77.2010.4.01.3900. **Réu:** Ibama / Eletrobrás / ELETRONORTE / Andrade Gutierrez / Camargo Correa / Norberto Odebrecht

---

<sup>60</sup> LEME ENGENHARIA LTDA; CAMAGO CORRÊA; ANDRARE GUTIERREZ; ODEBRECHT; ELETROBRÁS; MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. RIMA: Relatório de Impacto Ambiental-Aproveitamento hidrelétrico Belo Monte. Cartilha. Brasília, Maio de 2009.

/ Aneel. **Lide:** nulidade do aceite do EPIA/RIMA por incompletude, devido a ausência de Avaliação Ambiental Integrada. **Situação:** considerado improcedente em primeira instância. Recorrido.

4. **Número:** 26161-70.2010.4.01.3900. **Réu:** Ibama / Eletrobrás / ELETRONORTE. **Lide:** estudos entregues ao público somente 9 dias antes do início das audiências públicas. Pedido de suspensão do licenciamento e realização de audiência em 7 localidades atingidas pelo empreendimento. **Situação:** sentença de primeira instância considerada improcedente.
5. **Número:** 25999-75.2010.4.01.3900. **Réu:** Aneel / Eletrobrás / Ibama / ANA / União. **Lide:** Não consideração das Audiências Públicas quando da análise do EPIA/RIMA. Inconsistência entre vazão real e potência instalada. Necessidade de nova declaração de disponibilidade de recursos hídricos. **Situação:** liminar deferiu o pleito, mas foi suspensa por decisão monocrática. Apelação. Provimento parcial, não acolhendo a questão das Audiências Públicas. União apresentou Recurso Extraordinário ao STJ.

Em seguida, passa-se a uma análise contextualizada do que se pode depreender do conjunto dessas ações.

A característica do licenciamento ambiental de cotejar os interesses econômicos e ecológicos é premente no caso em tela. De um lado, a necessidade de se implantar a usina hidrelétrica, justificada pelo aumento da demanda energética no país; e do outro lado, a necessidade de se preservarem os recursos ambientais do país, interesse difuso, transgeracional e, em alguns casos, com efeitos irreversíveis.

Nesse sentido, a primeira questão que salta aos olhos é o fato de que nenhuma das ações acima mencionadas transitou em julgado. Não obstante, a usina já se encontra em plena operação. Ou seja, a proteção eficaz do meio ambiente com base no princípio da prevenção, em um caso de tamanha magnitude, como é Belo Monte – que, entre outros impactos, reduziu 80% da vazão do rio Xingu em trecho que alimenta duas Terras Indígenas, além de diversas comunidades ribeirinhas –, não é exitosa. No caso em análise, questões relativas ao Estudo de Impacto Ambiental, que são uma das primeiras etapas do licenciamento ambiental, não foram resolvidas até o momento atual, quando o empreendimento já está operando e gerando diversos impactos.

Isso revela uma visão não muito positiva que se tem do licenciamento ambiental no Brasil: se existe um embate entre o interesse econômico e o interesse ambiental no país, entende-se legítimo em muitos casos que o primeiro se sobreponha ao segundo, e não o contrário. Ou seja, privilegia-se a construção do empreendimento, a despeito de irregularidades no procedimento de licenciamento ambiental, ainda que o licenciamento ambiental seja o instrumento pensado e criado justamente para compatibilizar ambos os interesses.

É visível, como frequentemente aponta a crítica, que o licenciamento ambiental se torna um obstáculo a ser superado na implantação de um empreendimento. Segundo o Banco Mundial

O licenciamento ambiental de projetos hidrelétricos no Brasil é considerado um grande obstáculo para que a expansão da capacidade de geração de energia elétrica ocorra de forma previsível e dentro de prazos razoáveis. A não-expansão, por sua vez, representaria séria ameaça ao crescimento econômico.<sup>61</sup>

Ou seja, o empreendimento toma lugar como sujeito, e o ambiente e as pessoas que nele habitam tornam-se mero plano de fundo<sup>62</sup>. Em outra leitura, o interesse econômico toma lugar como interesse principal, e o interesse ambiental, conforme já dito, torna-se um interesse secundário, a ser resolvido posteriormente.

Em seguida, passa-se à análise das principais questões relativas à essa terceira versão do EPIA/RIMA, com base na compreensão dos estudos no contexto proposto na presente pesquisa.

#### **1.2.3.1. *Periculum in mora reverso* em favor do desenvolvimento econômico**

No caso da ação 0283-42.2007.4.01.3903, um dos institutos utilizados para legitimar a dinâmica de sobreposição do elemento ecológico pelo econômico é o

---

<sup>61</sup> BANCO MUNDIAL – *Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate*. Volume I: Relatório Síntese, 2008.

<sup>62</sup> CASTRO, Eduardo Viveiros de; ANDRADE, Lúcia M. M. de. *Hidrelétricas do Xingu: o Estado contra as sociedades indígenas*. Hidrelétricas do Xingu e os Povos Indígenas. São Paulo, 1988, pp, 7-25.

*periculum in mora reverso*. O instituto, previsto no Código de Processo Civil<sup>63</sup>, visa refrear a precaução que seria adotada para a proteção do pedido da parte sempre que a tutela de urgência implique em efeitos irreversíveis. Ou seja, se a parte pede que se anteceda a tutela de seus direitos, mas tal antecipação não pode ser posteriormente revertida, então não se deve conceder a antecipação.

No caso em tela, a questão que se colocou foi que o empreendedor iniciou os Estudos de Impacto Ambiental antes de ter recebido um Termo de Referência (TR) definitivo por parte do órgão licenciador. Mesmo sem o TR, veio a realizar diligências diversas para viabilizar os estudos.

A antecipação da tutela seria a suspensão da realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o que supostamente implicaria em um dilema, qual seja, de um lado a observância do devido processo legal e, de outro, a manutenção plena do sistema energético brasileiro.

Na espécie, o que se observa, em verdade, é a existência de *periculum in mora reverso*, uma vez que os efeitos da tutela pretendida revelam-se irreversíveis, com prejuízos patentes ao planejamento estratégico do setor energético nacional, além do risco de futuros “apagões”.

Bom, é de se pensar que esperar que o Ibama envie a versão definitiva do Termo de Referência implicaria realmente em irreversíveis prejuízos para o setor energético do país. Em todo caso, esse raciocínio sempre revela que é mais aceitável que o interesse ecológico faça uma concessão ao interesse econômico do que o contrário. Ainda assim, se de um lado a urgência na aprovação do EPIA é devida à urgente necessidade de aumento do setor energético brasileiro que não pode esperar que o Ibama emita um mero Termo de Referência, de outro lado os custos do terceiro EPIA da usina não podem ser desconsiderados, especialmente para uma empresa de economia mista, o que tornariam de investimento em prejuízo no caso dos estudos serem considerados irregulares. Questiona-se: esse prejuízo ao erário também não faz parte da análise do perigo irreversível?

---

<sup>63</sup> Código de Processo Civil - Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Porém, a questão mais alarmante é que essa racionalidade frequentemente se repete no caso Belo Monte, pelo que se observa, num quadro geral, a preponderância do interesse econômico sobre o ambiental ou ecológico.

### **1.2.3.2. A realização das audiências públicas em condições precárias**

Essa mesma lógica é observada na Ação Civil Pública de nº 26161-70.2010.4.01.3900. Mais uma vez se enquadra o licenciamento ambiental como um obstáculo a ser superado no processo de implantação da obra. Nesse sentido, vê-se que a atenção dada às audiências públicas foi precária.

A legislação relativa ao licenciamento ambiental no Brasil prevê a realização de audiência pública antes da emissão da Licença Prévia, caso seja solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, ou ainda sempre que o órgão licenciador julgar necessário<sup>64</sup>. A audiência pública, que pode ocorrer em várias sessões<sup>65</sup>, é baseada na apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e os frutos de suas discussões servem de subsídio para a emissão, pelo órgão licenciador, de Parecer Técnico favorável ou contrário à Licença Prévia.

No caso contestado em ação, 4 audiências públicas foram realizadas em série, num espaço de 4 dias. As audiências não contemplaram todas as 22 regiões reconhecidas pelo Ibama como afetadas pelo empreendimento. Para se ter um exemplo, pelo menos três dessas regiões ficam a mais de 200 km dos locais onde ocorreriam as audiências. Pelo menos duas ficam a mais de 100 km, havendo ainda uma outra, Gurupá, onde não há acesso por via terrestre. Em verdade, o transporte, no geral, é muito dificultado na região, isso sem mencionar o fato de que pessoas com baixa renda teriam muita dificuldade de fazer uma viagem de 200 km para participar de uma audiência pública. E além disso tudo, o RIMA só foi disponibilizado ao público 9 dias antes do início das audiências.

---

<sup>64</sup> CONAMA - Resolução 009/1987 - Art. 2º - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

<sup>65</sup> CONAMA - Resolução 009/1987 - § 5º - Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Zugman traz uma descrição do cenário da situação. Segundo o autor, as audiências públicas desse último EPIA/RIMA não ocorreram em número suficiente e não viabilizaram tempo adequado para a preparação e a manifestação de cada participante, acrescentando ainda que foram adotadas estratégias de esvaziamento dos debates, ressaltando-se a imposição de cláusula de sigilo que limitava o conteúdo disponível dos estudos, bem como a ausência de representantes do poder público. Além disso, o Ministério Público Federal realizou ele mesmo uma Audiência Pública em Brasília, em dezembro de 2009, porém não compareceram o Ibama, a Eletrobrás, ou de qualquer outro representante do governo que trabalhasse diretamente com a questão da Usina<sup>66</sup>.

Ora, vê-se que a letra da lei fora formalmente cumprida, porém, é flagrante que o tempo exíguo para análise de um RIMA de uma obra tão complexa, especialmente pela população não especializada em obras de infraestrutura, é uma questão de crucial prejuízo para a efetividade da própria realização da audiência. O campo técnico de infraestrutura energética, por exemplo, é um dos mais especializados e técnicos, o que conseqüentemente exclui grande parte da população. Só esses argumentos já seriam suficientes para entender que uma audiência pública para um dos maiores empreendimentos energéticos do país, em um local tão especial do ponto de vista cultural e de biodiversidade deveria ser feita com maior cuidado se se busca real efetividade do instituto.

### **1.2.3.3. Os efeitos das audiências públicas e a legitimidade**

Outra questão que é importante suscitar é se há um retorno adequado à população sobre o que foi levantado e discutido na ou nas audiências públicas do licenciamento ambiental, e isso foi tema da Ação Civil Pública nº 25999-75.2010.4.01.3900.

Sendo o licenciamento ambiental de grandes empreendimentos energéticos uma questão que impacta diversas pessoas, desde população, até empresários, mas também autoridades públicas e a comunidade internacional por meio de compromissos adotados pelo Brasil, então nada mais acertado que o licenciamento

---

<sup>66</sup> ZUGMAN, Daniel Leib. *O dever de consulta aos povos indígenas e a construção da usina de Belo Monte*. Revista Discente 3, vol.1, n. 3, pp. 94-106, 2013, p. 102.

ambiental seja realizado com a devida cautela, e que todos os envolvidos tenham acesso aos elementos do procedimento, sendo esse acesso provido de forma adequada às características de cada envolvido.

Nesse contexto, observa-se que os resultados da audiência pública têm destinação específica regulada por Resolução do CONAMA. Segundo a disposição, ao final da audiência pública será lavrada uma ata, e essa ata servirá de base, juntamente com o RIMA, para avaliação do órgão licenciador<sup>67</sup>.

Na ação em questão, por exemplo, (que aguarda trâmite de recurso no STJ) foi defendido, pelo Ministério Público, que o órgão licenciador não aproveitou os resultados das audiências para o processo de licenciamento ambiental, apontando inconsistências. Após as contestações dos integrantes do polo passivo, quais sejam, a União, a Eletrobrás, o Ibama, a ANEEL e a ANA, o juízo federal de primeira instância, examinadas as provas trazidas aos autos, considerou que não houve violação a Resolução do CONAMA. Considerou ainda que a audiência pública cumpriu seu papel de trazer à discussão do licenciamento ambiental de Belo Monte "fatores diversos não previstos no EPIA/RIMA, mas de interesse da comunidade, em consonância (...) com o que dispõe o Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992"<sup>68</sup>.

Em análise, o juiz constatou que o órgão licenciador (Ibama), emitiu Notas Técnicas resultantes da comunicação com o empreendedor acerca das contribuições colhidas nas audiências públicas, transformando-as em blocos de condicionantes a serem consideradas no momento de formulação das licenças ambientais. Contudo, a discricionariedade do órgão licenciador o exime da obrigação de incorporar todas as contribuições feitas. De outra forma, o Ibama teria capacidade técnica de selecionar e adequar as contribuições aos estudos ambientais em análise. Em todos os casos, porém, um processo em que as contribuições da

---

<sup>67</sup> CONAMA, Resolução 009/1987. Art 4º - Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta Parágrafo Único -Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção; Art. 5º - A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

<sup>68</sup> "Princípio 10 - A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos" (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992).



população são tomadas e tratadas com clareza e transparência, conforme proposto por Silva e Silveira<sup>69</sup>, talvez fosse o meio mais adequado para responder aos anseios públicos, bem como permitir que a população compreenda a relevância de sua participação no procedimento e tenha condições de incitar um processo de *accountability*.

A questão do *feedback* para a população sobre o que foi desenvolvido em audiências públicas é um tema muito importante e estudado em diversos países quando se trata de licenciamento ambiental, e é também uma das principais questões relativas ao licenciamento ambiental da UHE Belo Monte. Isso se traduz, também, em diferentes propostas empregadas pelos diversos Estados na condução desse procedimento, pois a questão fundamental é a incorporação ao procedimento das contribuições suscitadas pelos participantes das audiências públicas. Assim, muitas vezes as audiências públicas previstas na legislação pertinente não provocam efeito algum a não ser o de apresentar o RIMA às comunidades impactadas. O caráter formal é, pois, rasamente cumprido, esvaziando-se o efeito prático e efetivo do dispositivo legal<sup>70</sup>.

O momento da audiência pública é durante o licenciamento ambiental, ou seja, o significado prático da audiência pública para o contexto é o de permitir que críticas sejam feitas aos estudos e ao projeto. Trata-se de um encontro entre a população, de um lado, e as autoridades políticas, o corpo técnico e os empreendedores, do outro. Contudo, o aproveitamento dos resultados desse encontro é de efetividade duvidosa no desenrolar do licenciamento. No Brasil, por exemplo, não se geram obrigações de publicização e respostas diretas à comunidade participante/afetada, o que se mostra estranho haja vista que o modelo brasileiro é inspirado no modelo estadunidense.

À guisa de simples comparação, dois modelos norte-americanos de participação pública na Avaliação de Impacto Ambiental apresentam uma diferenciação crucial nesse sentido ao obrigarem uma resposta pública para os questionamentos levantados pelos participantes. Nos Estados Unidos da América

---

<sup>69</sup> SILVA, Cíntia T. P.; SILVEIRA, Clóvis E. M. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta?. Direito Ambiental II: XXIII Congresso Ambiental do CONPEDI. Florianópolis, 2014., pp. 307-308.

<sup>70</sup> COLETTI, R. N. A participação da sociedade civil em instrumentos da política ambiental brasileira. Desenvolvimento e Meio Ambiente, v. 25, pp. 39–51, 2012.

(EUA), o público participa tanto na fase de escopo dos estudos do licenciamento ambiental, quanto na fase final dos mesmos. Nessa versão final são incluídos os comentários do público envolvido que devem ser respondidos e divulgados. Já no Canadá, a AIA pode ser submetida a um painel de revisão ou a uma mediação. No painel de revisão, a audiência recolhe as colocações da população que são encaminhadas às autoridades competentes para uma análise que deve ser submetida a posterior publicização. A mediação, por sua vez, toma lugar sempre que possíveis conflitos venham a ser gerados no debate e as partes concordem em se submeter a um mediador de comprovada experiência no tema e desinteresse no projeto<sup>71</sup>.

É um contrasenso a realização de uma audiência pública que de nada serviria senão para apresentar um projeto a uma comunidade. Nesse caso, o instituto seria mais adequadamente nomeado “apresentação pública do RIMA”.

Entretanto, no caso analisado, como se vê, houve incorporação de conteúdos oriundos da participação pública no licenciamento ambiental, de forma que a legislação ambiental pertinente foi observada. A insatisfação popular com os resultados da participação, por outro lado, fica prejudicada em seu anseio por produzir modificações mais radicais no projeto da hidrelétrica - isso porque, a essa altura, o poder econômico e a decisão política desenvolvimentista já se encontram deveras organizados, quando só então o fator ambiental começa a ser analisado pela instância competente. Ou seja, o licenciamento ambiental entra em cena quando fortes interesses políticos e econômicos já estão adiantados. É evidente que, nessa situação, considerar a inviabilidade de um projeto é muito mais difícil do que buscar legitimar os danos socioambientais causados convertendo-os em impactos.

O anseio popular legítimo por participar das decisões políticas que envolvam grandes impactos ambientais em sua região não pode ser plenamente atendido nessa etapa de implantação do empreendimento. Por isso, a participação pública deve ser um componente presente quando da formulação de políticas públicas para o setor energético, sendo levada de forma efetiva, evitando-se, assim, que os fatores econômicos e políticos tomem uma dimensão muito grande frente ao peso da participação. A gestão de impactos deveria ser considerada em Avaliação Ambiental

---

<sup>71</sup> PIAGENTINI, P. M.; FAVARETO, A. D. S. Instituições para regulação ambiental: o processo de licenciamento ambiental em quatro países produtores de hidreletricidade. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 30, pp. 31–43, 2014, p. 38.

Estratégica (AAE), e não reduzida ao licenciamento ambiental. Assim, a necessidade econômica e a ecológica seriam conjuntas e a tempo adequado.

A compreensão acurada dessa característica se faz necessária, pois, na medida em que há uma confusão conceitual instalada no tocante à relação entre os diversos institutos reguladores da participação pública em decisões ligadas à gestão de impactos ambientais, faz-se necessário precisar cada um desses institutos – o que se verá no decorrer desta pesquisa (Capítulo II).

Devlin, Yap e Weir fizeram um levantamento de vários estudos sobre o potencial da participação pública em avaliação ambiental<sup>72</sup> e, entre as considerações importantes, consta-se que (i) a participação pública leva a melhores linhas de base e informações sobre impactos ambientais e, em consequência, a melhores projetos e programas; (ii) a inclusão de valores e conhecimentos e o exame público do conhecimento especializado melhoram a qualidade do projeto; (iii) a participação pública aumenta a credibilidade e a legitimidade do procedimento; e (iv) a participação pública se relaciona com a superação de divisões sociais, entre outros.

O estudo apresenta também críticas levantadas por dois autores sobre a participação pública, no sentido de que (i) especialmente em debates sobre ciência e tecnologia, a participação pública não necessariamente leva aos melhores resultados e (ii) aumentar o conhecimento não tem a ver com fazer boas decisões. O primeiro grupo é nomeado pelos autores de *populista*, enquanto o segundo grupo é nomeado *tecnocrata*. Asseveram os autores que o primeiro grupo tem crescido frente ao segundo.

O espaço privilegiado da audiência pública deve ser especialmente protegido, haja vista a importância da participação pública no processo decisório. Mas, como é visto, além de geralmente não ter poder de implicar em decisões radicais sobre o empreendimento, muitas vezes, como é o caso de Belo Monte, a participação popular viabilizada pela audiência pública é, em verdade, limitada materialmente por estratégias que não são controladas pela legislação.

Além da participação, a própria transparência do procedimento é questionável. Portanto, passa-se ao estudo do caso da falta de transparência das informações ambientais por parte do BNDES.

---

<sup>72</sup> DEVLIN, J. F.; YAP, N. T.; WEIR, R. Public Participation in Environmental Assessment: Case Studies on EA Legislation and Practice. *Canadian Journal of Development Studies/ Revue canadienne d'études du développement*, v. 26, p. 487–500, 2005.

### 1.3. BNDES e a falta de transparência sobre informações ambientais

O acesso a informações de cunho ambiental é um direito necessário à proteção constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista que sem o devido acesso a informações precisas, os tomadores de decisão ficam impossibilitados de dar cumprimento efetivo a esse direito<sup>73</sup>. O direito à informação ambiental, também espelhado no já mencionado Princípio 10 da Declaração do Rio<sup>74</sup>, foi regulado em lei própria<sup>75</sup>, pelo que os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) obtiveram um regramento único para a concessão de informações diversas sobre o meio ambiente. Ademais, com a criação da Lei de Acesso à Informação (LAI)<sup>76</sup>, oito anos depois, o acesso a informações públicas de todos os tipos fica regulado.

Por meio dessa legislação, a sociedade civil organizada teve participação notável no caso da UHE Belo Monte. O Instituto Socioambiental ingressou com pedido de acesso à informação via Lei de Acesso à Informação – LAI<sup>77</sup>, solicitando acesso aos relatórios da auditoria socioambiental independente.

A referida auditoria adveio de uma cláusula do contrato de empréstimo entre o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) e a concessionária Norte Energia S.A. (NESSA). A responsabilidade ambiental dos bancos pelos danos ambientais decorrentes de seus empréstimos faz com que os contratos de financiamento para empreendimentos frequentemente tenham cláusulas relativas à proteção ambiental,

---

<sup>73</sup> FURRIELA, Rachel Biderman. A Lei Brasileira sobre Acesso à Informação Ambiental como Ferramenta para a Gestão Democrática do Meio Ambiente. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no 3, jan/jun 2004.

<sup>74</sup> "Princípio 10 – A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos".

<sup>75</sup> Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003.

<sup>76</sup> Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

<sup>77</sup> GARZÓN, Biviany Rojas; MILLIKAN, Brent. *Belo Monte desafia os limites da responsabilidade socioambiental e das transparência do BNDES*. Dossiê Belo Monte: Não há condições para a Licença de Operação, ISA, 2015.

e não foi diferente para o maior empréstimo já realizado pelo BNDES para um único projeto: a Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

A auditoria independente ficaria responsável por acompanhar o cumprimento de condicionantes socioambientais do empreendimento, emitindo relatórios ao Banco, em paralelo ao mesmo acompanhamento realizado pelo próprio empreendedor e órgão licenciador. A ideia é controlar a relação entre o interesse do empreendedor e o monitoramento das condicionantes impostas ao seu empreendimento.

O BNDES, contudo, negou acesso aos relatórios do monitoramento independente em todas as instâncias previstas no sistema da LAI. O argumento corrente era o de que o conteúdo dos relatórios estaria protegido por sigilo bancário, pelo que a lei desobrigaria o banco de fornecê-los<sup>78</sup>.

A Controladoria Geral da União (CGU), como última instância da LAI<sup>79</sup>, após um ano de análise do conteúdo das informações solicitadas, decidiu pela obrigação do Banco em fornecê-las. É flagrante que restou prejudicado o acompanhamento da sociedade civil sobre o empreendimento, haja vista que durante os três anos em que o BNDES relutou em fornecer as informações requeridas, a instalação da obra ocorria normalmente desde 2011.

Ao fim, em cumprimento à decisão da Controladoria, o Banco se restringiu a enviar um relatório sumário da auditoria, sem expor o conteúdo do acompanhamento. Mais uma vez a informação à sociedade restou prejudicada e só foi satisfeita com ação judicial do MPF que terminou em acordo extrajudicial para o fornecimento do que fora solicitado.

---

<sup>78</sup> Lei nº 12.527/2011. Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: § 1º O acesso à informação previsto no **caput** não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>79</sup> Lei nº 12.527/2011. Art. 16. Negado o acesso a informação pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, o requerente poderá recorrer à Controladoria-Geral da União, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias se: I - o acesso à informação não classificada como sigilosa for negado; II - a decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação; III - os procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos nesta Lei não tiverem sido observados; e IV - estiverem sendo descumpridos prazos ou outros procedimentos previstos nesta Lei.

Como se vê, informação é requisito essencial de participação em discussões sobre o meio ambiente. Sem conhecer o meio, sem conhecer o projeto e sem conhecer os impactos, a participação pública fica limitada a conjecturas inócuas. Por outro lado, a participação informada pode auxiliar na qualificação do debate, ampliando a inclusão de diversos atores antes invisibilizados, cuja relação de interesses sobre o meio ambiente comum pode ensejar um processo democrático de aproveitamento de seus recursos.

Cabe retomar, contudo, a ideia do momento adequado para o fornecimento de informações. Sendo os danos ambientais decorrentes de hidrelétricas muitas vezes caracterizados pela sua irreversibilidade – como é o caso evidente da recondução de 80% da vazão do rio por meio do canal de derivação, legando ao curso natural do mesmo a vazão média de 20% do montante originário –, a informação deve estar disponível o quanto antes, ou, em caso contrário, as medidas preventivas a serem adotadas pelos interessados (os diretamente afetados, por exemplo) podem ser condenadas à inefetividade. A irreversibilidade do impacto ambiental é fator que evoca o raciocínio consequencialista do direito ambiental, que, como visto, deve estar presente não só nas fases legislativa e pré-legislativa, mas também quando da aplicação da norma jurídica (fase dogmática)<sup>80</sup>.

No caso em tela, a pretensão do ISA ficou retida nos entraves do formalismo da decisão, que considera informação obtida pelo Banco para fins de monitoramento de condicionantes ambientais como suscetível a sigilo bancário, ainda que tal informação seja essencialmente qualificada, em verdade, pela sua relevância na proteção ambiental, e não bancária.

O raciocínio consequencialista, por sua vez, libera o argumento do excesso de formalismo pelo que leva à publicação de informações eminentemente ambientais e de interesse público. Sendo o meio ambiente bem de uso comum e de interesse de todos, e estando todas as pessoas, físicas ou jurídicas, obrigadas a protegê-lo, o raciocínio consequencialista não deve se restringir ao contexto jurídico por excelência, mas deve inspirar a formulação de políticas públicas e a atuação dos órgãos estatais e empresas, o que é estimulado, por outro lado, pela

---

80 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, pp. 18-19.

responsabilidade que todos detêm perante o meio ambiente em diferentes esferas jurídicas<sup>81</sup>.

Assim, a prestação de informações pelo BNDES para fins de controle social de impactos ambientais deve estar descolada das pretensões do mesmo de proteger interesses econômicos. Explico-me, se as informações ambientais, que são de eminente e legítimo interesse público, podem vir a causar impacto econômico para o empreendimento devido à divulgação de dados sobre descumprimento de condicionantes ambientais, não é legítimo inculir ao povo os custos das irregularidades. Nesse raciocínio nada defensável, o povo perderia duas vezes: primeiro pelo descumprimento de condicionantes que lhe asseguram prevenção, mitigação ou compensação de danos ambientais; mas também pelos prejuízos macroeconômicos que a divulgação desse tipo de informação pode gerar em empreendimento de tão vultosos aportes.

Ora, é evidente que prevenção e precaução deveriam ter sido adotadas pelo Banco no sentido de condicionar seus empréstimos à regularidade ambiental e jurídica, cabendo a ele também zelar pela efetividade do procedimento e da proteção ao meio ambiente, conforme a lei<sup>82</sup>. A via alternativa, conforme verificado, é o duplo sacrifício da população.

O momento adequado da produção e uso de informação também é característica essencial para se conferir efetividade à participação específica de comunidades tradicionais afetadas, como se verá na seção seguinte.

---

81 Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

82 Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) Art 12 - As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

## **2. A carência de participação pública no planejamento e projeto da UHE Belo Monte**

Se, como visto, a participação é um grande problema na gestão de impactos ambientais pelo licenciamento ambiental, seja pela exclusão deliberada de participantes, seja pela assincronia entre as decisões de interesse econômico e de interesse ecológico, quando se trata de comunidades tradicionais, a situação não é melhor. Nesse caso, passa-se à investigação da jurisprudência em formação sobre a consulta a povos e comunidades tradicionais.

Um dos aspectos mais importantes do caso Belo Monte examinado neste escrito diz respeito à oitava constitucional, haja vista a contribuição auferida jurisprudencialmente quanto à forma de aplicação do instituto, em meio aos debates de legalidade e constitucionalidade processual. No caso em tela, os principais argumentos controversos nas oportunidades em que o instituto da Consulta Livre, Prévia e Informada veio à tona foram (i) quanto ao momento adequado para a realização da consulta; (ii) a relação entre a consulta prevista na Convenção nº 169 da OIT e a oitava constitucional prevista na Constituição Federal; (iii) a pessoa jurídica responsável pela sua realização; e, em menor grau, (iv) o seu poder vinculativo.

Assim, antes de analisar o processo e, especificamente, os votos do caso em questão, introduzo uma distinção entre os institutos envolvidos na participação pública do processo de gestão de impactos e implantação do empreendimento.

### **2.1. A distinção entre os institutos da CLPI, oitava constitucional e audiência pública**

Releva reafirmar que a Consulta Livre, Prévia e Informada é um instituto incorporado ao direito pátrio mediante um tratado aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e então promulgado pelo Presidente da República no Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Em assim sendo, está plenamente vigente no Brasil, devendo sua efetividade ser sempre considerada, bem como observada sua natureza jurídica *supralegal*. A dita *oitava constitucional*, por sua vez, está instalada no dispositivo constitucional que trata da



necessidade de autorização congressual para a exploração de recursos hídricos e minerários dentro de Terras Indígenas<sup>83</sup>. A audiência pública do licenciamento ambiental, por sua vez, está prevista em resolução do CONAMA.

As formas de participação não encontram origem comum no direito, mas podem todas se relacionar. Isso porque os três casos apresentam funções diferentes, a saber: a CLPI, prevista na Convenção nº 169 da OIT, se refere a consulta a povos afetados sempre que forem previstas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetar povos e comunidades tradicionais diretamente; já a oitiva constitucional se refere a um procedimento que deve ser realizado no âmbito da autorização que o Congresso Nacional pode dar para projetos de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas; por sua vez, a audiência pública do licenciamento ambiental deve ocorrer sempre que o órgão licenciador julgar necessário, ou quando for solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos.

Vê-se, assim, que a previsão constitucional é um direito de serem ouvidas as comunidades tradicionais e os povos indígenas. Contudo, não há uma forma adequada já definida em legislação para que seja implementada. Por outro lado, a CLPI, por ser mais extensa e detalhada, pode auxiliar nesse sentido, ou seja, pode auxiliar na determinação de um procedimento útil à consulta. Já a audiência pública do licenciamento ambiental, por sua vez, precisa ser destacada no sentido de não tomar o lugar da consulta, haja vista que os povos afetados têm um direito especial de serem consultados, previsto na Convenção nº 169 da OIT, então é preciso que a forma de ouvi-los seja harmonizada com esse direito, bem como que a ocorrência de uma audiência pública em um momento do licenciamento não impeça que as comunidades sejam ouvidas em outros momentos da implantação da obra.

---

<sup>83</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 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.

## **2.2. Análise da ACP do MPF sobre consulta a povos e comunidades tradicionais afetados**

A Ação Civil Pública número 2006.39.03.000711-8 proposta pelo Ministério Público Federal do Pará teve extenso trâmite, contando com interferência mesmo do Supremo Tribunal Federal, legando uma série de apreciações pelos magistrados de todas as instâncias que permitem uma rica análise de como tem se desenvolvido o entendimento sobre o instituto da oitiva constitucional à luz da Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no Brasil.

Isso porque, como referido anteriormente, a implementação do instituto no país encontra resistências de cunho político, jurídico, econômico e cultural. Aliás, este último, sendo uma das maiores resistências enfrentadas pelos povos indígenas e comunidades tradicionais quando da busca pela participação em debates públicos, foi frondosamente tratado na ação em questão pela desembargadora federal Selene Maria de Almeida, em seu primeiro voto no caso.

### **2.2.1. Histórico do trâmite do processo**

A Ação foi proposta em 2006, na Justiça Federal de Altamira, e apontava a omissão do Congresso Nacional em realizar a oitiva constitucional assegurada pela CRFB. O MPF ainda apontou a Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais como tratado assegurador do direito de consulta a nível infraconstitucional. O pedido obteve decisão liminar que suspendeu o procedimento administrativo de licenciamento ambiental. O Ministério Público recorreu em Agravo de Instrumento, no que se decidiu pelo entendimento da invalidade do Decreto Legislativo 788/2005.

A União havia apresentado o pedido de Suspensão de Liminar (nº 125-6/PA) para a liminar já revogada. Sobre essa ação pronunciou-se monocrática e provisoriamente a eminente Ministra Ellen Grace. Mesmo com carência parcial de interesse sobre o juízo relativo ao EPIA (de interesse do Ibama), o juízo provisório cabível ao recurso constitucional interposto aproveitou ao juízo de interesse da União, acerca de suposta constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005. Já se havia proposto Ação Direta de Inconstitucionalidade para ver tido como inconstitucional o mencionado Decreto Legislativo, contudo a Ação não foi conhecida por carência de caráter abstrato da norma em questão.

A primeira Sentença foi finalmente proferida, referindo-se ao juízo constitucional instaurado na SL 125-6/PA para entender a regularidade do Decreto Legislativo e conseqüentemente do licenciamento ambiental.

O MPF interpôs, então, Apelação, cujo Acórdão foi publicado em 25/11/2011, após o início da construção da usina. O resultado foi a manutenção da decisão anterior.

Sobre o referido Acórdão, o Ministério Público federal apresentou Embargos de Declaração, obtendo decisão favorável ao pedido inicial, cuja prolação pela colenda 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região declarou a invalidade tanto do procedimento de licenciamento, quanto do Decreto Legislativo.

Por fim, foi proposta Medida Cautelar, novamente ao STF, pelo que novamente declarou-se provisoriamente a validade do licenciamento e do Decreto Legislativo. O órgão ambientalista recorreu também ao STJ e novamente ao STF, em Recurso Especial e Recurso Extraordinário, respectivamente, ainda sem decisão definitiva sobre o caso.

Releva salientar que a questão da constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005 não foi decidida no mérito, mesmo já estando a usina em operação. E a regularidade do licenciamento ambiental, contudo, não está ainda decidida do ponto de vista constitucional. Assim, passa-se ao estudo dos argumentos mais relevantes na lide, num exame de consistência, coerência, consequência e universalidade, a partir dos pressupostos da teoria argumentativa de Neil MacCormick.

### **2.2.2. Análise argumentativa dos votos do acórdão da apelação**

Para MacCormick, uma decisão em um caso difícil deve apresentar em primeiro lugar o quesito da universalidade, ou seja, deve se caracterizar pelo sentido de ser replicável em outros casos semelhante, na medida em que a justificativa para tal decisão é, por sua vez, válida para casos semelhantes; em segundo lugar, deve ser consistente e coerente, ou seja, deve ter sentido em relação às demais normas analisadas, e sentido também em relação aos princípios jurídicos, ou ao sistema como um todo; por fim, em terceiro lugar a decisão deve ter sentido em relação ao mundo (consequencialismo).

Assim, como sínteses argumentativas, utilizam-se nesta pesquisa as decisões do recurso de **Apelação** (que considerou ambos os pedidos improcedentes), e do recurso de **Embargos de Declaração** (que, por unanimidade, considerou procedentes os pedidos), por serem as últimas decisões apresentadas pelos magistrados e configurarem o conflito essencial da oposição hermenêutica sobre os objetos da causa. Ademais, referenciam-se, também, as decisões da Suprema Corte, no sentido de auferir as balizas constitucionais já pronunciadas, discutindo-se sua validade prática. A abordagem da análise se limita ao conteúdo do voto referente à CLPI, devido ao teor desta pesquisa.

#### **2.2.2.1. Voto da desembargadora Selene de Almeida**

Pois bem, o primeiro voto no Acórdão sobre a Apelação em questão é o da desembargadora federal e relatora do caso Selene de Almeida, que foi vencido como o único favorável aos pedidos do MPF, e cuja análise abrange especialmente três pontos da controvérsia, quais sejam: (i) “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”; (ii) a “ocorrência de vício formal no Decreto Legislativo 788/2005, por haver sido modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados”; (iii) a “inconstitucionalidade da delegação de competência do Congresso Nacional para oitiva dos índios”.

Dessa última análise, que nos interessa do ponto de vista da compreensão da realização Consulta Livre, Prévia e Informada no Brasil, vamos extrair que apresenta entender a desembargadora o que se segue: (i) “esta questão não restou superada pelo passar do tempo”; (ii) “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”; (iii) “os povos indígenas que serão direta ou indiretamente atingidos pela construção da UHE não foram ouvidos”.

Logo se nota o caráter extremamente consequencialista das decisões da douta desembargadora. As peças apresentadas pela magistrada nesse caso são caracterizadas por extensos textos que relatam as condições sociais, culturais, econômicas e políticas dos povos afetados pelos empreendimentos, bem como seu abandono pelo poder do Estado. Nesse sentido, reza o voto da magistrada que “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”.

Sua argumentação é marcada por uma mescla do consequencialismo pré-legislativo como registro que se pretende ontológico do vetor interpretativo da norma e o consequencialismo aplicado às decisões. Lança-se mão daquele, ou seja, do debate sobre os elementos que justificam a criação das leis de proteção aos povos tradicionais, para alcançar-se este, que é a busca por revelar as consequências práticas da decisão. Outras vezes o puro consequencialismo aplicado no exercício da decisão serve para fundamentá-la.

A decisão da magistrada, contudo, não apresenta de forma precisa elementos que permitam revelar um raciocínio de consistência, coerência e universalidade – ao mesmo tempo em que também em nenhum momento vem a violar essas estruturas, se consideradas abstratamente nos dispositivos legais em questão.

Assim, a virtude do voto da desembargadora está muito fortemente em que, apesar da carência do positivismo jurídico registrado, trouxe ao debate elementos que concatenam um histórico que constitui o valor a ser protegido pelos direitos em questão com as consequências derivadas da escolha entre os dois caminhos em disputa para a consulta: (i) atribuir ao Legislativo a obrigação de consultar ou (ii) considerar as interações entre o Executivo e os povos afetados como atendendo plenamente ao disposto na Convenção. Tal empreitada é importante tendo em vista o caráter inaugural do caso Belo Monte no tocante ao exercício do dispositivo constitucional: é a primeira vez na história que o Congresso Nacional edita Decreto Legislativo para aproveitamento de potencial energético de recursos hídricos em Terras Indígenas, conforme manda o parágrafo 3º do artigo 231 da CRFB.

A desembargadora Selene de Almeida conclui seu voto dando

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.

### 2.2.2.2. Voto condutor do desembargador Fagundes de Deus

Prosseguindo à análise do segundo voto, qual seja, o voto do desembargador federal Fagundes de Deus, observamos de início uma pretensão contrária à da autora do voto anterior. Busca, no seu juízo, em declarada oposição ao que fizera a magistrada, manter-se "adstrito à análise das questões objeto da controvérsia traçada pelas partes", em respeito ao artigo 460 do Código de Processo Civil (CPC).

De entrada, o magistrado anuncia acompanhar o juízo constitucional apresentado pela Ministra Ellen Grace, na SL nº 125-6. O que ocorre, contudo, é que o dito desembargador toma juízo provisório da Ministra como juízo fundamental acerca da constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, desconsiderando, ao que tudo indica, seu caráter meramente provisório. Esse elemento ficará esclarecido na argumentação do desembargador Souza Prudente, pronunciada em sede de Embargos de Declaração, pelo que não será exaurida nesse momento.

O voto prossegue apresentando os seguintes argumentos:

Nesse passo, cumpre-me salientar que estamos diante de uma situação praticamente consolidada pelo decurso do tempo, de modo que, a meu ver, é imprescindível que se reconheça ter havido: a) manifestação inexorável da vontade política, expressa e implementada na deliberação estatal de levar a cabo o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte. A vontade política a que me refiro, cabe-me esclarecer, não é uma vontade emanada de grupos políticos partidários, nem, ainda, de quaisquer autoridades governantes, no tempo e no espaço, mas, sim, de uma vontade preordenada à implementação de políticas públicas voltadas para o saneamento do setor energético do país. Precisamente por esse motivo é que estou de pleno acordo com o MPF, nos pontos em que, em seu apelo (fls. 840), afirma que: "é preciso divisar com clareza, que interesse público não se confunde com interesse de governo (...). ESTA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO NOS IMPELE À EFETIVAÇÃO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO E NÃO DA VONTADE DESTES OU DAQUELE GOVERNANTE"; b) vontade e interesse da Administração Pública, especialmente à do Conselho Nacional de Política Energética em dar concretude ao projeto relativo à construção da Usina; c) respaldo do Poder Judiciário, consubstanciado em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que assegurou a continuidade das etapas subsequentes do empreendimento.

Uma preliminar análise sistemática entre os três argumentos evidencia carência de fundamentação, na medida em que busca o magistrado formular legitimidade para a autorização constitucional viciada com base na vontade política, na vontade e interesse da Administração Pública, e no respaldo do Poder Judiciário. Ora, se a dita vontade política for superior a qualquer mando, inclusive constitucional, tem-se uma racionalidade que se for de aplicação universal, o direito torna-se dispensável e todas as operações necessárias à vida em sociedade podem ser realizadas plenamente pelos representantes do povo, sem balizas. Ou, no mínimo, as minorias nunca terão segurança da proteção da lei, haja vista que uma vontade da maioria sempre esmagará suas prerrogativas. Uma racionalidade jurídica antidemocrática é o mínimo que deve ser combatido em um Estado Democrático de Direito.

É manifesta a falta de consistência da dita argumentação, bem como a falta de coerência no sentido de observar que as decisões de cunho político, excluindo as de manifestação do poder constituinte, devem se submeter aos limites mínimos impostos pela CRFB, que por sua vez pugnam pela observância das leis e pela proteção das minorias.

Prossegue o desembargador:

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 [sic], 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).

Nesse argumento o magistrado aponta as interpretações concernentes (i) ao momento da consulta e (ii) ao responsável por executá-la, porém, sua afirmação não se sustenta do ponto de vista nem da consistência, nem da coerência, nem da universalidade, e muito menos das consequências.

Após apresentar a argumentação acima, o desembargador conclui que

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.

Tudo isso com base em trecho da interpretação do juiz da primeira instância, igualmente carente dos atributos mencionados:

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 (EPIA/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.

O magistrado deixa de citar diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais disponíveis para a exegese, ou ainda o apoio doutrinário desenvolvido, ou o apoio em jurisprudência de outros países, ou nem mesmo se socorre nos princípios jurídicos cabíveis ao caso. A sua interpretação se verifica solta, desconexa e fragilizada, nesse sentido. Trata-se praticamente de uma opinião sustentada simplesmente em opinião de juízo anterior, haja vista que em momento algum expõe tecnicamente as razões para conduzir sua argumentação na direção escolhida.

Por fim, o magistrado se apoia em precedentes, inclusive da Suprema Corte, para defender a razoabilidade de se adiar a oitiva para o momento posterior à realização do EPIA:

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.

A jurisprudência evocada do STF, contudo, não se presta a esse papel, haja vista que não se pronuncia sobre a oitiva constitucional, e nem mesmo são palavras do eminente Ministro Marco Aurélio de Mello. De outra monta, o excerto advém de transcrição feita pelo Ministro de ementa de decisão do Tribunal Regional Federal sobre a Ação Civil Pública de nº 2001.39.00.005867-6, anterior à atual querela, cujo objeto não era a CLPI ou a oitiva constitucional, e sim a legitimidade do EPIA/RIMA produzido pela Fadesp para Belo Monte. A transcrição da ementa é a seguinte:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO CONCESSIVA DE PROVIMENTO LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL: NÃO-CABIMENTO. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO E QUE ATRAVESSA ÁREAS DE TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: COMPETÊNCIA DO IBAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: REQUISITOS (ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93). APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS EM TERRAS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.

1. Não cabe agravo regimental da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento (artigo 293, § 3º, do RI/TRF - 1a Região)
2. O objeto do agravo de instrumento, interposto contra decisão concessiva de provimento liminar, cinge-se ao reexame dos pressupostos para a sua concessão: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.
3. É imprescindível a intervenção do IBAMA nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 42, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).
4. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.
5. 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 ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.**
6. Agravo regimental não-conhecido.
7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Sobre esse excerto, o excelso Ministro logo em sequência comenta que

Realmente, o aproveitamento de recursos hídricos, tendo em conta a possibilidade de serem alcançadas terras indígenas, pressupõe autorização do Congresso Nacional, de acordo com o disposto no § 3o do artigo 231 da Carta da República. A razão é única e diz respeito às repercussões passíveis de acontecer. Nem se diga tratar-se de simples estudos de impacto ambiental para a implantação da usina hidrelétrica.

Evidentemente o douto magistrado estava se referindo à necessidade de autorização do Congresso Nacional para o caso de Belo Monte, visando dirimir a controvérsia acerca da necessidade de autorização nesse caso em que a barragem não aconteceu dentro das Terras Indígenas, mas em que essas foram afetadas pela redução de em média 80% da vazão original. Nesse caso, não se pronunciou, e nem se deveria, acerca de direito que não era objeto da lide.

Vale um adendo de que a citada jurisprudência constitucional desapoia a tese de que a urgência econômica deva sobrepor-se à segurança ambiental, ao dispor, no fim da mesma decisão, que

Evidentemente, na espécie, o risco que se corre é contrário ao alegado na inicial, no que simplesmente restou acautelada, com o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público, situação passível de ser retomada caso o convencimento final na referida ação venha a ser diametralmente oposto ao nela sustentado. **Não se trata de criar óbice ao desenvolvimento, mas de se proceder com segurança, visando-se a elucidar os parâmetros que devem nortear o almejado progresso. Não de estar, em tudo, afinados com os ditames constitucionais.**

Com base na doutrina da transcendência dos motivos determinantes<sup>84</sup>, caberia entender que, a despeito da urgência pelo desenvolvimento econômico,

---

<sup>84</sup> Segundo leciona Luís Roberto Barroso (2012) acerca da doutrina da transcendência dos motivos determinantes, “Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que

assegurar o cumprimento dos “ditames constitucionais” de proteção ao direito ambiental é requisito, a princípio, inescusável.

Segundo a interpretação do desembargador Fagundes de Deus, devemos considerar que a regra abstrata de que a consulta deve ocorrer somente após a realização do EPIA e, portanto, no início do procedimento de licenciamento ambiental, se reflete plenamente no caso em análise. Para essa regra, caso seja clara e consensual a leitura de que a oitiva sempre deve ocorrer após o EPIA disponível, é dispensável falar nos gastos públicos já despendidos em Belo Monte, haja vista se tratar de uma interpretação universalizante, pelo que o ganho de eficiência deve ser operado a nível legal (no caso, constitucional), mantendo-se a coerência das decisões baseadas no dispositivo e a separação dos poderes, ao invés de se buscar corrigir uma “ineficiência legal” a partir de prolação reiterada de sentenças que deformam o “sentido claro”.

Essa leitura apresenta fatores complicadores na sua interpretação, quais sejam: (i) a questão de que o descolamento entre o momento da consulta e o momento da autorização retira do autorizador o elemento que comporia sua atuação discricionária de autorização; (ii) o fato de que a oitiva constitucional ser realizada após a apresentação do EPIA implica em uma aproximação tal do momento procedimental da realização da Audiência Pública que as diferenças entre os institutos podem ser descaracterizadas pelo momento processual; (iii) o fato de que, se por um lado o componente ambiental não está totalmente cognoscível no momento da autorização congressual devido à falta do EPIA/RIMA, por outro lado o momento da produção do EPIA no licenciamento ambiental já é um momento em que os fatores econômicos adquirem mais peso; e (iv) no momento da apresentação do EPIA o projeto da obra é o que está em questão, sendo que raramente o órgão licenciador veta grandes projetos, ou ainda sugere alterações na tipologia de empreendimento (por exemplo, se está em licenciamento uma hidrelétrica, provavelmente o licenciador nunca irá propor que se altere o projeto para um de produção nuclear, eólica ou solar).

Sobre a questão do EPIA/RIMA, a previsão da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), gênero do qual participa o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) não está ontologicamente relacionada ao licenciamento ambiental. Pelo

---

contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

contrário, ambos os institutos estão listados na Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) sem hierarquização prevista<sup>85</sup>. Assim, seria possível atender tanto à demanda de realizar-se o EPIA, quanto à demanda de realizar-se a consulta antes da autorização congressual, bastando que fossem demandados estudos não no contexto da emissão da Licença Prévia (LP), mas no contexto da oitiva constitucional. Impactos de um empreendimento planejado podem ser estudados sem que isso implique em dar-se início a um procedimento de licenciamento ambiental. Essa possibilidade não é vislumbrada na decisão do magistrado.

Pois bem, em sua fundamentação, Fagundes de Deus segue dispendo que

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.

Contudo, é certo que a Convenção sim o estabelece. E se a interpretação linguística deve ser priorizada, na visão de MacCormick, então cabe uma simples leitura do Artigo 6º da Convenção para se ter uma ideia clara do que essa ordena:

Artigo 6º

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

---

<sup>85</sup> Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; II - o zoneamento ambiental; [\(Regulamento\)](#); **III - a avaliação de impactos ambientais**; **IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras**; V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; [\(Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989\)](#); VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental; IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; [\(Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989\)](#); XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; [\(Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989\)](#); XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais. [\(Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989\)](#); XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

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**;

Em assim sendo, a anterioridade à medida legislativa é caráter suficientemente explícito da interpretação linguística. Se assim não fosse, não se inscreveria na lei a expressão “cada vez que sejam **previstas**”, mas se inscreveria qualquer outra forma de asseverar que a consulta poderia ser posterior à confecção da medida legislativa. Vê-se que seu argumento não se sustenta nem no primeiro nível de interpretação, qual seja, o linguístico, quiçá aos demais. De forma absolutamente contrária e sem fundamentação de seu raciocínio, o autor do voto declara que:

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.

Nessa linha de raciocínio, sem apresentar qualquer razão, o magistrado interpreta que o momento da oitiva é o da implantação ou efetiva autorização da obra, ignorando a distinção do dispositivo da Convenção supramencionado que estabelece que tanto as medidas legislativas, quanto as medidas administrativas devem ser precedidas de consulta.

Nesse mesmo argumento, e novamente sem fundamentação, não se justifica a possibilidade de delegação da oitiva para o Executivo. Assume-se que o Executivo pode consultar, e sustenta a sua tese no fato de o Ibama e a Fundação Nacional do Índio (Funai) terem feito consultas com os povos afetados. E nesse escopo define a função da oitiva dizendo que “a oitiva das comunidades afetadas, tanto dos indígenas como dos ribeirinhos, tem por escopo **reunir informações e argumentos pró e contra, para melhor subsidiar a conclusão do projeto**”. Ou seja, decide sobre a função da oitiva constitucional também desfundamentadamente. A desvinculação entre a responsabilidade do Congresso Nacional e a percepção dessa

responsabilidade pelo Executivo não é explicada, somente assumida ora como sendo óbvia, ora como sendo fruto de uma decisão judicial não fundamentada.

Ao fim do voto, o Fagundes de Deus fundamenta que:

A minha compreensão jurídica, portanto, diante da controvérsia posta em juízo, direciona-se pela constitucionalidade formal do Decreto Legislativo 788/2005. **É verdade que a matéria é instigante e inspira intenso debate, seja na seara ambientalista, seja de cunho indigenista. Porém, não se pode perder de vista o problema da demanda crescente, ano após ano, de energia do país, que tem exigido do Poder Público a implementação de medidas urgentes visando esse desiderato.** Dessa sorte, a atuação administrativa, a meu ver, acha-se ancorada em típico interesse público da nação brasileira como um todo, independentemente de quem tenham sido os governantes que iniciaram os primeiros inventários na bacia do rio Xingu, e aqueles que se acham no Poder atualmente. (grifo do autor)

Nesse argumento, fica claro que o autor considera que a suposta demanda do país por energia – sem se mencionar os usos dessa energia – deve superar a proteção ao meio ambiente e à integridade das comunidades tradicionais. Contudo, não explica porque o meio ambiente, que é interesse de todos, deve ceder ao interesse público. Essa é a única relação que fundamenta todo o voto: o sentido de que a urgência pela produção de energia deve sobrepujar a “matéria instigante” e o “intenso debate” na seara ambientalista e indigenista.

É evidente que esse voto, assim como o da desembargadora Selene de Almeida, carecem de adequada fundamentação baseada em eminente argumentação jurídica. Ambos os magistrados buscam fundamentar seus votos em elementos da sociologia, da antropologia, da impactologia, da economia e da política, porém se põem a fazer uma análise substancialmente jurídica da lide. É evidente a que ambos os votos carecem de consistência, pois não concatenam argumentos jurídicos entre si, mas se resumem a relacioná-los com elementos pré-jurídicos. No caso do voto de Fagundes de Deus, a questão é ainda mais evidente, pois chega a fundamentar seu voto com argumento que não endossa sua afirmação.

Também carecem ambos os votos de coerência, na medida em que não se demonstra a relação entre os institutos afirmados e os princípios gerais de direito ambiental. Não se busca harmonizar as leis em questão com os princípios da

precaução, da prevenção, da informação e da participação, só para citar alguns dos princípios dessa seara do direito.

Sobre a universalidade, a fragilidade do voto de Fagundes de Deus é explícita, haja vista que se entendermos que é assente a regra geral de que o interesse público sobre o desenvolvimento energético pode se sobrepujar ao interesse difuso sobre a proteção ao meio ambiente, o precedente será o de que sempre que se adiantarem as instâncias administrativas em planejar e projetar a obra, com apoio da vontade da composição congressual do momento, esse Congresso poderá se eximir do dever de consulta, como no caso de Belo Monte. Ou seja, o direito constitucional e supralegal de consulta deve ceder à vontade política. Se não é para interpretação da lide que o magistrado trouxe os comentários relativos ao tema, então sua disposição no voto em nada contribui, senão para o prejuízo da compreensão de sua disposição. Como resta explícito, o magistrado ora lança mão de argumentos gerais, ora lança mão de argumentos específicos sobre o caso para construir seu voto, contudo sem determinar os limites em que faz ceder as regras gerais diante do caso específico, ou quando o caso específico só está sendo encaixado em uma regra interpretativa geral.

### **2.2.2.3. Voto da desembargadora Maria do Carmo Cardoso**

O voto da desembargadora Maria do Carmo Cardoso segue a argumentação de Fagundes de Deus, sem lhe acrescentar em muito. Quanto à definição da consulta, a excelsa magistrada dispõe que

O momento da oitiva das comunidades indígenas não consta do texto constitucional. E nem precisava, porque não é isso — o momento — que constitui o objetivo daquela disposição constitucional.

Como já explicado, o momento é imprescindível para a oitiva das comunidades indígenas, seja (i) para a diferenciação entre a oitiva constitucional e a audiência pública, seja (ii) para evitar que o fator econômico se organize em expectativas de mercado e investimentos prévios, gerando um fato cuja posterior reversão seria por demasiado custosa – o que não é desejado por nenhuma das



partes da lide. Assim, o momento da consulta é imprescindível para a proteção da participação indígena assegurada constitucionalmente.

Avançando, a magistrada dispôs que

Seu objetivo definido é impor a necessidade imperiosa e imprescindível de ouvir as comunidades indígenas potencialmente afetadas. **E dar conhecimento a elas antes da implantação do projeto de aproveitamento de recursos, evitando que sejam surpreendidas com eventual influência do empreendimento de forma desfavorável a forma de vida de cada comunidade** (grifo do autor).

Ou seja, ao seu ver, o objetivo da consulta já é um dos empregados pela Audiência Pública, ou seja, dar aos impactados conhecimento do projeto, e evitar que esse se torne uma surpresa na vida da comunidade. Essa dedução, contudo, não advém de interpretação da lei em conformidade com o texto explícito de outros dispositivos (até porque apontam claramente em sentido contrário). Essa dedução advém das consequências a serem geradas com a decisão.

Dessa forma, na teoria argumentativa de MacCormick, a decisão ignora os primeiros níveis interpretativos – quais sejam, o linguístico e o contextual –, para se sustentar somente nas consequências práticas da decisão, muitas vezes com excessiva casuística.

Essa análise verifica-se a desqualificação, do ponto de vista da teoria maccormickiana, dos argumentos jurídicos empregados. As decisões, tanto a favorável aos pedidos do MPF, quanto as duas contrárias, apresentam carência de consistência entre os argumentos jurídicos apresentados; incoerência entre os argumentos jurídicos e normas e princípios de direitos ambiental ou de outras áreas do direito; carência de universalidade, quando argumentos excessivamente casuísticos impedem a reprodução coerente das razões do precedente formado; e se sustentam muito fortemente em um consequencialismo, ora para proteger o interesse ambiental e das comunidades indígenas afetadas, ora para proteger o interesse econômico-desenvolvimentista, confundindo a dicção entre argumentos ora casuísticos, ora universalistas. Ou seja, se a decisão não fora fundamentada numa pretensão universalista, qual a legitimidade que tem para gerar precedente, e mais, qual a legitimidade que tem para se pretender jurídica? O puro

consequencialismo ou o consequencialismo excessivo não são suficientes para uma argumentação que se pretende jurídica.

### **2.2.3. Análise argumentativa dos votos do acórdão dos embargos de declaração**

O obscurantismo dos votos da Apelação, que não abordaram aspectos essenciais da legislação empregada, ensejou interposição de Embargos de Declaração pelo Ministério Público Federal, pelo que o voto condutor do desembargador federal Souza Prudente trouxe luz ao caso. O MPF, por entender que os votos vencedores foram de caráter genérico e não abordaram o Artigo 6º, 1, a, b, c e 2; o Artigo 7º, 1, 2, 3, 4; o Artigo 14, 2; e o Artigo 15, 1, 2, poderiam carecer da fundamentação necessária, fato pelo qual a apresentação de Embargos de Declaração poderia ser suficiente para sanar o desentendimento.

#### **2.2.3.1. Voto do desembargador Souza Prudente**

Como se verá a seguir, o voto do desembargador federal Souza Prudente, relator do caso, apresenta um maior nível de consistência, coerência, universalidade e análise das consequências – todos esses elementos bem concatenados em um voto exemplar e bem fundamentado, que enfrenta todos os problemas da lide, e estende sua análise sobre uma gama de dispositivos constitucionais, legais e de *soft law*, buscando extrair uma decisão que seja harmônica e não contraditória com esse contexto.

Assim, inaugura seu voto apontando que os votos vencedores só genericamente negam a incidência da Convenção da OIT, sem examinar os dispositivos do tratado relativos à lide. Para demonstrar o perigo de tal empreitada para a boa exegese do direito em questão, vez que houve omissão sobre conteúdo do tratado, o douto magistrado apresenta a letra do Artigo 15 do tratado, que registra 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 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.

De plano, o desembargador Souza Prudente, em seu voto, estabelece que há uma inconsistência entre o disposto na Convenção sobre que os povos devem ser consultados **antes** de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração de recursos naturais existentes nas terras indígenas. Por outro lado, o Decreto Legislativo em questão traz a disposição direta e clara de que a consulta deverá ser realizada, nos termos do Artigo nº 231, parágrafo 3º, da Constituição, somente após recebidos os estudos antropológicos.

Ademais, retomando a questão da constitucionalidade do Decreto Lei, afirmada pelo desembargador da instância anterior Fagundes de Deus, quando diz que “a questão da constitucionalidade ou não do Decreto Legislativo 788/2005 está superada”, Souza Prudente apresenta dispositivo do Regimento Interno da Suprema Corte (RISTF), que, replicando o art. 4º da lei 8.427/92, dispõe o que se segue:

Art. 297. 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.

Relata ainda o douto magistrado que o RISTF (art. 21, IV e V) e a Lei nº 9.868/99 (art. 10, 11 e 12 e parágrafos), que dispõem que qualquer decisão de

caráter monocrático e natureza cautelar, tomadas em ação direta de controle de constitucionalidade deverá partir da maioria absoluta dos membros da Suprema Corte, após audiência com autoridade da qual emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Além dessa constatação, lembra que a suspensão de liminar fora arquivada em 12/11/2007, ao passo que a decisão do ilustre magistrado ocorrera em 2011, pelo que não mais se encontra vigor.

Em sequência, o Relator interpreta as omissões verificadas quando da análise do voto condutor do Acórdão embargado. O primeiro ponto a ser analisado, portanto, é quanto ao emprego de força, contrário ao Estado Democrático de Direito, que é consequência imediata da autorização sem Consulta. A Convenção, em seus artigos 3º e 4º, condena o emprego da força e, devendo a Constituição ser interpretada de forma sistemática e finalística, não só de forma literal, evidente que a CLPI, nos termos da Convenção, deve vir antes da autorização.

Uma decisão nesse sentido, tanto as decisões de primeira e segunda instância, quanto a decisão monocrática da Suprema Corte, são contrárias à jurisprudência constitucional que admite o controle jurisdicional de políticas públicas ambientais<sup>86</sup>.

Sobre o argumento de que o artigo 231 pode ser norma programática, o relator entende que é absurdo defronte ao princípio da Precaução, assegurado no Princípio 15 da ECO-92 e no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, vez que se impõe a todos, inclusive ao poder público em todos os seus segmentos, bem como a toda a coletividade, o dever de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Cita ainda o precedente de Raposa Serra do Sol, que inclui as comunidades indígenas no contexto da proteção ambiental.

Em seguida, o excelso magistrado evoca o Artigo 13 da Convenção

#### 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.

---

<sup>86</sup> ADPF 45/MC DF e RTJ 175/2012-2013, *inter plures*

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Da interpretação desse artigo, se faz evidente que a participação dos povos indígenas na proteção de seu território é de fulcral necessidade. Traz ainda a transcrição do Artigo 14<sup>87</sup> do tratado para confirmar a relação da comunidade indígena com seu território. À luz da interpretação sistêmica entre os Artigos 13 e 14, e ainda o Artigo 15 supramencionado, a inteligência clara do momento da consulta é que deve ocorrer antes da produção do ato legislativo mencionado.

Prosseguindo, busca o eminente Relator rememorar o caso de Teles Pires, no qual o poder público era responsável pela confecção do EPIA e também interessado na construção da obra, e ainda foi o poder público (o Ibama) o responsável pela fiscalização e aprovação do EPIA. No caso presente, já a presença da Eletrobrás como sociedade de economia mista com interesse na implantação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e como empreendedora responsável pela confecção dos Estudos de Impacto Ambiental já torna, nas palavras do desembargador, "obrumbrado o EPIA/RIMA".

Esse é também um exercício de verificação da coerência narrativa do caso, em que o juízo é por verificar a adequação da argumentação também diante do que os fatos narrados que se mostrem elucidadores do apontamento da melhor alternativa. E nesse sentido, buscando analisar os fatos relativos ao empreendimento, para conhecer a complexidade das relações de interesses envolvidas na forma de sua condução, traz o discurso de um dos Senadores presentes quando da aprovação do Decreto Lei 788/2005, o Senhor Luiz Otávio, do PMDB-PA, que pronunciou o seguinte trecho:

---

<sup>87</sup> 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; 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse; 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

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 os 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 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 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 temos de votá-lo hoje. Por que tem que ser hoje? Em quatro dias! É recorde mundial. Com certeza esse projeto vai para Guinness Book... 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 tranqüilidade, 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.

Com essa extensa análise em mãos, acrescenta o eminente Relator que o trecho acima mencionado aponta para uma busca pela aceleração do trâmite da construção do empreendimento sem considerar os valores humanos envolvidos, revelando que tal pressa pode estar desviando o projeto do melhor cumprimento da lei.

Em seguida, elogia e concorda com o voto de Selene de Almeida, que ainda sem enfrentar o mencionado Artigo 15 da Convenção, fez um voto guiado pela "luminosidade" dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da precaução, da moralidade ambiental, da eficiência e da responsabilidade social, em sintonia com a Constituição e a Convenção nº 169 da OIT. Contudo, cabe ressaltar que, apesar de que as decisões tanto da mencionada desembargadora, quanto desse Relator, respeitem todo o mencionado rol de princípios jurídicos, caberia, prezando pela

coerência argumentativa, explicitá-los melhor durante o processo de prolação do voto na medida em que fundamentam cada razão, para que pudessem ser operados por outros magistrados que venham a se envolver na controvérsia.

Encerra o desembargador Souza Prudente avaliando, em sede de embargos, que o voto anterior não desconsiderou a Convenção da OIT para Povos Indígenas e Tribais, mas foi omissivo em pontos específicos e importantes para a compreensão exata dos direitos em questão, motivo pelo qual divergiu acerca do momento da realização das consultas.

Pois bem, após a realização de todo o *iter* argumentativo, buscando afastar interpretações errôneas acerca da decisão monocrática da Ministra do STF, e no sentido de harmonizar os diferentes dispositivos supralegais e constitucionais capazes de elucidar a adequada interpretação, respeitado o quesito da consistência, na medida em que na interpretação ora proposta nenhuma combinação entre os dispositivos legais implica em contradição; o quesito da coerência, na medida em que princípios jurídicos já consagrados auxiliam na explicação e na justificação da *ratio decidendi*; o quesito da universalidade se dá pelo que a argumentação é feita a em relação sentido da norma e do princípio, e não exclusivamente de características do caso concreto, sendo por isso adequada à apreciação, a título de precedente, para casos similares. Explicitamente, traz essa questão ao dispor, após considerações de ordem filosófica e teórica, que

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.

Ademais, após as referidas disposições jurídicas, o eminente desembargador vem demonstrar, agora com fundamentos sócio-históricos e antropológicos, como o direito positivo desde o Império Português foi absolutamente agressivo aos povos indígenas na medida em que os invisibilizavam. O Código Civil de 1916 repete essa consequência ao criar e regular a vida de um homem abstratamente considerado, e ao mesmo tempo considerava os indígenas inferiores a esse modelo. Com esse raciocínio, a doutrina da tutela exercida sobre o indígena e a política integracionista

que visava transformar o índio em não índio se justificavam. A Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela inversão dessa tendência, considerando o indígena em seu contexto material e histórico, e conferindo-lhe proteção.

Segue o magistrado argumentando, com aporte em diversas doutrinas que interpretam os direitos indígenas a partir do multiculturalismo, do combate à globalização homogeneizante que desrespeita as diferenças, do respeito à identidade atualizável do índio e de sua cultura, e dos fundamentos mínimo da vida e da sobrevivência. Com base nessa retomada, indica que os princípios da Precaução e da Prevenção pugnam pela publicação do EPIA.

Enfocando-se, ao cabo, às análises de consequência da decisão, o voto busca demonstrar que os grandes e irreversíveis impactos que o empreendimento virá a causar demandam sensível trato na condução de seu projeto de implantação, considerado inclusive a postura ecológica adotada pelo Brasil na Convenção da Biodiversidade Biológica, nos acordos da COP-15 e COP-16, pelas quais inclusive o país se comprometeu a adotar práticas cada vez menos danosas ao meio ambiente, relembrando ainda da Conferência RIO+20, e respeitando os princípios da Precaução, Prevenção e Proibição do Retrocesso Ecológico, cabe ao judiciário garantir, em respeito aos dispositivos legais já examinados, 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”.

Enfim, dando parcial provimento ao Recurso do MPF, reforma a sentença considerando as omissões apontadas no sentido de

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.

É notável que a decisão do douto magistrado é, dentre as examinadas, a melhor desenvolvida dentro dos critérios de consistência, coerência,



universalidade e consequências. Ou seja, além de apresentar e enfrentar cada dispositivo legal, buscando uma solução lógica que não afaste quaisquer um, mas observando o conjunto normativo e a capacidade da argumentação oferecida de se adequar ao mesmo sem contradições; e observando a coerência entre os dispostos e as razões a princípios que explicam e justificam cada escolha, e que ao mesmo tempo conferem a capacidade de transcender o debate específico para um modelo de racionalidade que tende à universalidade e, portanto, pode ser replicado; e aproximando a argumentação das prováveis consequências que terá no mundo concreto, a decisão sobrevive a toda essa provação sem se desconcertar, e, pelo contrário, apontando as fragilidades da argumentação que sustenta decisões contrárias.

### **2.2.3.2. Voto vogal do desembargador federal João Batista Moreira**

O voto vogal do eminente desembargador federal João Batista Moreira apresenta um caráter peculiar, pelo que frequentemente foge à interpretação estrita das normas e da lide para buscar reabilitar na doutrina. Trata-se de um exame de compatibilidade entre a interpretação tida como válida, e apresentada pelo eminente Relator, e um conjunto de conteúdos advindos do campo teórico.

A primeira análise que faz é quanto a argumento de voto anterior contrário à sua opinião, que atribuía caráter meramente programático ao parágrafo 3º do art. 231 da CRFB, pelo que poderia postergar a consulta. O douto magistrado não ataca tais implicações a partir de correlação com limites estabelecidos por outras normas e princípios, mas faz uma análise das origens e doutrina das normas programáticas para concluir pela impropriedade da preterida interpretação do artigo constitucional. Nesse sentido, evocando as palavras de José Afonso da Silva, explica que gradualmente o pensamento do autor pugnou por desconhecer norma constitucional destituída de efetividade. Se as normas programáticas serviram outrora para conter os ânimos sociais, hoje não se deve considerar que haja direitos na constituição que possam ser destituídos de aplicabilidade e efetividade.

Dessa forma, entende o desembargador que o direito à “audiência pública” (no caso, à oitiva constitucional) é pleno, cabendo à legislação regulamentá-lo e, na ausência de tal regulamentação, sua forma pode ser emprestada de outra lei.

O desembargador vai além dos votos anteriores ao fundamentar teoricamente a oitiva. Segundo dispõe, a audiência teria uma finalidade instrumental/prática, qual seja, a de fornecer subsídios à Administração Pública para evita eventuais omissões que seu ato pode ignorar, e também apresenta uma finalidade intrínseca, que é trazida ao voto por meio da lição de Laurence Tribe, em seu livro *American Constitutional Law*.

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 do 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

O voto defende ainda que a audiência é direito de 4ª geração, pelo que a autoridade pública fica obrigada a realizar a audiência, mesmo que não esteja obrigada a acatar tudo que nela foi deliberado. Porém, para refutar, deve fundamentar, ensejando eventual controle judicial. Para o magistrado, a anterioridade da audiência decorre da lógica das coisas, ou seja, deriva da negativa da consequência de se permitir uma audiência simulacro. Belo Monte foi exatamente essa simulação, na medida em que a consulta foi posterior ao ato de autorização, foi praticada mediante delegação indevida, bem como se resumiu a apresentar o projeto aos afetados. Os três pontos são suficientes para viciar o Decreto Legislativo.

### **2.2.3.3. Voto vogal da desembargadora federal Selene de Almeida**

Tendo sido Relatora do voto originário, a desembargadora vem a abordar somente os pontos omissos. Para isso, analisará os Artigos 14 e 15 da Convenção nº 169 da OIT. Aborda também as omissões dos Artigos 6 e 7 do mesmo tratado. Sobre o primeiro grupo de Artigos, somente se pronuncia no sentido de admitir a desnecessidade da alocação da barragem dentro de Terra Indígena par suscitar o direito de Consulta. Contudo, por estar fora do escopo de análise deste escrito, prossegue-se.

A magistrada ressalta também que o objeto do voto não é a conveniência e oportunidade da implantação da usina, nem a opção da política energética nacional, mas simplesmente a observação de preceito constitucional fundamentado em Convenção da qual o Brasil é signatário. Mas, nesse contexto, argumenta que não podemos retomar os erros do passado na forma da condução da política de trato com povos indígenas, pelo que a construção da primeira grande usina que impacta indígenas é momento oportuno a se incorporar elementos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da consciência social e ética adquirida com o processo de redemocratização. Assevera, em seguida, que o Plano Decenal de Energia Elétrica e o Programa de Aceleração do Crescimento (2011/2020) apontam investimento em aproximadamente mais 30 usinas de menor ou maior impacto ambiental.

Nesse momento, a desembargadora lança olhar analítico sobre a justificação dos elementos que sustentam a legitimidade jurídica do empreendimento, decerto que, do ponto de vista da universalização das razões jurídicas, as violações de direitos devem ser de pronto evitadas, a fim de que os melhores precedentes informem a adequada condução dos casos seguintes. Trata-se de um cotejo entre o consequencialismo da decisão e a universalização das razões subjacentes.

Outro argumento levantado diz respeito ao planejamento do setor energético. Ora, se o planejamento é feito a médio e longo prazo, não cabe improvisação para a consulta. Se no planejamento os fatores ambientais são considerados, por que o componente humano não é igualmente considerado desde o primeiro momento refletindo-se em consulta aos afetados?

Contra o argumento de que o Brasil carece de experiências em consulta, a magistrada indica que se busquem experiências em países latino-americanos. E

após, finaliza a douda magistrada ressaltando que o efeito modificativo dos embargos de declaração, por constituir exceção, só se habilita no presente caso devido à sentença *infra petita* do acórdão embargado. Assim, a reforma se justifica pela falta da proteção plena demandada.

#### **2.2.4. Análise dos principais pontos suscitados nos votos**

Após análise argumentativa dos votos acima, verifica-se três principais pontos suscitados pelos magistrados acerca do tema, e que serão a seguir analisados à luz da doutrina especializada, quais sejam: (i) a possibilidade de delegação da consulta; (ii) o momento adequado para a realização da consulta; e (iii) a função da consulta.

##### **2.2.4.1. Da possibilidade de delegação da competência da oitiva**

Acerca da (i) possibilidade de delegação à Funai da competência de realizar a oitiva, duas questões devem necessariamente ser mencionadas. A primeira diz respeito a delegar a outro poder a necessidade de ouvir as comunidades para fundamentar autorização, sendo esse outro poder o interessado na concessão da própria autorização. Uma análise lógica baseada na composição de interesses é suficiente para verificar que tal delegação deve implicar em condição extremamente passível de se tornar enviesada.

Ora, se o Poder Executivo já tem o interesse em ver seu empreendimento implementado, e se o Poder Executivo depende, para tanto, de prévia autorização advinda do Poder Legislativo, como definido em mandamento constitucional, para que se tenha um controle sobre a sua atuação, à guisa de *checks and balances*, então conferir ao Poder Executivo a prerrogativa de ouvir os povos indígenas é esvaziar o debate que deveria subsidiar a decisão do Legislativo sobre outorgar ou não a autorização, até porque o poder de veto dos indígenas a um projeto desse tipo, via de regra, não existe. Assim, o Poder que autoriza não é o mesmo Poder que ouve os impactados pela sua decisão, mas o Poder interessado na concessão da autorização, esse sim é o que ouve.

Ademais, conforme levantado por Garzón<sup>88</sup>, o Brasil decidiu, com a promulgação da Constituição de 1988, abandonar o regime tutelar sobre os indígenas residentes no país, e nesse contexto o papel da Funai ainda é incerto, haja vista o órgão ter sido construído dentro do modelo de tutela e para servi-lo.

O regime tutelar era a ideia política de que os indígenas eram seres incapazes, selvagens e não integrados à civilização. Por isso, o Estado tinha o dever de tutelar diretamente seus interesses, até que esses povos fossem totalmente integrados à sociedade não indígena. A Funai surge nesse contexto como o órgão administrativo incumbido de implementar as políticas de assistência especiais dos indígenas.

Assim, conclui a autora que “ênfatisar o fato de que são os povos indígenas os que falam por si mesmos é fundamental para a adequada implementação do mecanismo de consulta no Brasil”. Ou seja, se a intenção da CRFB/88 foi dar voz aos indígenas, é insustentável defesa como a de Fagundes de Deus em seu voto, quando diz que

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 [sic], e que tem o papel institucional de exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas

#### **2.2.4.2. Momento adequado para consulta**

Em relação ao momento adequado para a realização da consulta, o debate também é intenso. Entretanto, uma primeira leitura do Artigo 6º da Convenção da OIT pode auxiliar nessa interpretação:

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**

---

<sup>88</sup> GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). Doc ISA 12 - Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. ISA, 20 09.

**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.**

A letra da lei estabelece que a consulta deve ocorrer cada vez que sejam **previstas** as medidas legislativas e administrativas capazes de afetar os povos indígenas. Isso porque é patente o entendimento de que a participação após a tomada de decisão se reduz a mera informação sobre a mesma.

Ademais, como explica Sanchez ao falar de consulta pública no geral, o ideal seria que a consulta pública, considerando que essa seja real e efetiva, deveria ocorrer em diferentes fases do processo de Avaliação de Impacto Ambiental. O autor cataloga seis diferentes momentos em que a consulta seria útil, quais sejam: (i) a apresentação da proposta do projeto em questão; (ii) o momento de triagem que, ainda prévio ao Termo de Referência, permite a incorporação de críticas relativas à classificação da magnitude do impacto e a identificação dos estudos ambientais necessários; (iii) a determinação do escopo do EPIA, ou seja, a formulação do Termo de Referência; (iv) a preparação do EPIA; (v) a análise técnica do EPIA; (vi) a decisão da adequação dos estudos; e (vii) a fase de acompanhamento dos resultados na implantação do projeto.

Em caso de projetos que afetem Terras Indígenas, por sua vez, o critério não deveria ser diferente. Para a participação dos povos indígenas afetados, o Estado deveria estabelecer os mencionados “meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente pelo menos na mesma medida que outros setores da população”, ou seja, em todo o procedimento de avaliação dos impactos ambientais, visando sua efetividade.

Isso se refere, contudo, à medida administrativa adotada pelo Estado, qual seja, a realização do licenciamento ambiental. À parte disso, o Estado também se obrigou a consultar especialmente os povos indígenas quando da tomada de medidas legislativas capazes de afetá-los diretamente. Desse modo, não é possível confundir os dois momentos como se um só fossem. O Estado deve dispor de meios para consultar os povos indígenas no momento da criação do Decreto Legislativo que venha a autorizar a implantação de empreendimento de aproveitamento de potencial hidrelétrico em Terras Indígenas.

Postergar, pois, por meio do próprio Decreto Legislativo, para momento posterior a consulta que deveria ser realizada quando da sua própria criação é viciar o ato normativo em sua origem.

A consulta do Congresso Nacional aos povos para criação do Decreto Legislativo (oitiva constitucional) é uma, enquanto a consulta do Ibama sobre a condução do licenciamento ambiental é outra. E, como já explicitado anteriormente, nada impede que a Avaliação de Impacto Ambiental seja realizada para que a oitiva constitucional aconteça. A AIA não é vinculada ontologicamente ao licenciamento ambiental, podendo ser realizada antes e inclusive aproveitada posteriormente pelo órgão licenciador, caso esteja em conformidade com seus requisitos.

Caso seja demasiado custoso aos cofres públicos a realização de AIA para um determinado projeto, o Congresso Nacional tem exatamente no momento da edição do Decreto Legislativo a prerrogativa de não autorizar o projeto, cabendo ao Poder Executivo, conseqüentemente, buscar outra solução para a demanda energética do país. Cabe ao Poder Executivo encontrar uma solução que concilie os direitos socioambientais constitucionais com o desenvolvimento do setor energético, também constitucionalmente protegido.

#### **2.2.4.3. A função da Consulta**

Três dos doutos magistrados redatores dos votos examinados se pronunciaram diretamente acerca da função da CLPI. As três propostas, então, descreveram objetivos diferentes para o instituto.

Para Fagundes de Deus, conforme trecho já citado, a oitiva das comunidades indígenas serve exclusivamente para reunir informações de consenso e dissenso

sobre o projeto, para subsidiar sua conclusão. Já a desembargadora Maria do Carmo Cardoso entende que a consulta objetiva (i) ouvir as comunidades indígenas e (ii) dar a elas conhecimento da implantação do projeto para que não sejam surpreendidas com influência desfavorável do empreendimento sobre sua forma de vida. Por fim, o desembargador João Batista Moreira entende que a consulta tem (i) a função extrínseca ou prática de fornecer subsídios à Administração Pública para evitar eventuais omissões que seu ato pode ignorar, e (ii) a função intrínseca por constituir forma de política e uma expressão de regra jurídica no sentido oferecer antítese do poder a partir daquele contra quem é exercido.

A visão de Fagundes de Deus é imediatamente dissipada por se tratar, em verdade, de redução do instituto à forma da Audiência Pública do licenciamento ambiental, quando o Poder Executivo fica responsável por conduzir adequadamente o licenciamento ambiental, cabendo a participação de toda a comunidade interessada na crítica ao projeto. Nesse momento também podem os povos afetados pronunciar-se acerca do empreendimento para que a autoridade competente se instrumentalize com os subsídios adequados para a apropriada conclusão do projeto. A consulta, por outro lado, envolve um grau de consenso das comunidades afetadas sobre as decisões que lhes afetem diretamente<sup>89</sup>. Ou seja, a consulta não é meramente informativa, ainda que não seja amplamente deliberativa. Os povos interessados podem não dispor de poder de veto sobre o empreendimento, mas isso não reduz a consulta a um mero informativo.

Arnstein<sup>90</sup> desenvolveu em 1969 uma escala de verificação do grau de participação pública em tomadas de decisão. Em sua pesquisa, desenvolveu oito graus de participação, que vão desde a manipulação do fator público pelo órgão decisor, até o controle pleno do público sobre a decisão. Em seu esquema, a consulta é o quarto elemento, logo acima da mera informação. Assim, a consulta não chega ao nível de conciliação ou parceria, mas também não se reduz aos níveis de informação, terapia ou manipulação.

---

<sup>89</sup> Convenção nº 169/1989 - OIT, Artigo 6º. 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.

<sup>90</sup> ARNSTEIN, S. R. *A ladder of citizen participation*. *Journal of the American institute of planners*, v. 35, n. 4, p. 216-224, 1969.



Nesse sentido, Garzón et al<sup>91</sup>. defendem que a consulta difere da Audiência Pública na medida em que objetiva "chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (Convenção 169/OIT, art. 6o, 2)", quando a Audiência serve ao fim de "expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito"<sup>92</sup>.

O grupo de especialistas em participação pública que compõem a *International Association for Public Participation* (IA2P) formulou critérios para diferenciar os níveis de participação pública nas tomadas de decisão. O grupo estabelece o conceito de colaboração que seria o de envolver o público em cada etapa da tomada de decisão para que possam propor alternativas e identificar as soluções preferidas. A colaboração é o quarto item da escala, estando à frente da informação, da consulta e do envolvimento, e antes do empoderamento ou delegação de competência. Entre as técnicas da colaboração, têm-se a "construção de consenso", pelo que seria adequado incluir a CLPI nessa categoria.

Também essa escala, como se vê, não concede aos participantes, a princípio, a possibilidade de vetar as decisões. Mas prevê espaço para que a participação seja efetiva, com resultados concretos, o que é extremamente desejável no tocante à consulta a povos indígenas sobre medidas que afetem diretamente seus direitos. Como se pronunciou Dalmo Dallari em Informe Jurídico à Comissão Pró-Índio especificamente sobre a oitiva constitucional, "não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para se ter uma informação relevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão"<sup>93</sup>. A consulta, então não é qualificada nem de inocuidade, porque não é isso que a lei dispõe, e nem de poder de veto, porque não há grupo em um Estado plural que possa dominar decisões que não lhe digam respeito exclusivamente.

---

<sup>91</sup> GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA; Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

<sup>92</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Resolução nº 009, de 03 de dezembro de 1987. Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO/conama/N.º 001/84, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

<sup>93</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio, Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 149.

O quadro que vem sendo construído por especialistas do ramo está de acordo com os sentidos empregados pelo desembargador João Batista Moreira em seu voto, e em desacordo com os demais. Também está de acordo com o sentido do voto de João Batista a legislação específica sobre a consulta, já mencionada. Já os votos contrários não se apoiam nem em legislação, nem em doutrina especializada, pelo que carecem evidentemente de fundamentação concreta e realista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises suscitadas na presente monografia foram relativas a problemas jurídicos enfrentados na dimensão da efetividade do licenciamento ambiental de Belo Monte, tratando das relações entre o elemento econômico e o elemento ecológico.

Considerou-se, para tanto, no primeiro capítulo, a análise dos Estudos de Impacto Ambiental da usina, bem como o caso de acesso a informação ambiental no BNDES. A análise da terceira versão do EIA/RIMA de Belo Monte foi fundamentada nos problemas trazidos pelo Ministério Público Federal em ações contra os mesmos estudos. Já a análise do caso do BNDES foi baseada na atuação do Instituto Socioambiental como entidade interessada no acesso às informações ambientais.

Nesse capítulo foi possível observar que o elemento econômico ainda busca se sobrepor ao elemento ambiental, ao invés de caminharem juntos, conforme propõe o licenciamento ambiental e a Constituição. Nessa dinâmica, percebeu-se que o instituto do *periculum in mora reverso* é um argumento utilizado no sentido de fundamentar juridicamente essa relação.

Outra condição que prejudica o fator ambiental frente ao econômico é a forma da condução dos estudos ambientais e das audiências públicas. A realização dos estudos pelo empreendedor gerou problemas com comunidades indígenas que buscaram por visibilidade, com a Justiça Federal, que chegou a cancelar a segunda versão dos estudos devido a problemas de licitação da empresa responsável pelo desenvolvimento dos estudos, e ainda ações do MPF questionando a legitimidade das audiências públicas.

As audiências públicas foram realizadas de modo a evitar a participação da população, a partir de estratégias ligadas à definição dos locais das audiências e número de participantes. Além disso, a legislação pátria confere poucos poderes à participação popular, o que muitas vezes a reduz a uma mera formalidade de apresentação dos estudos.

Ainda, a questão da transparência institucional foi analisada no caso em que o Instituto Socioambiental levou à CGU o pedido de acesso a informação de conteúdo ambiental do BNDES. Viu-se, nesse caso, que a instituição não estava preparada para fornecer conteúdo que é assegurado juridicamente para a

população. A demora no fornecimento das informações prejudica o acompanhamento da população sobre a regularidade do procedimento de licenciamento ambiental.

Ademais, pode-se constatar que a cronologia é uma questão que favorece o fator econômico a se sobrepor ao ecológico. Além do fato de que o acesso intempestivo às informações prejudica a transparência do processo de implantação do empreendimento, o fato de que as decisões econômicas sobre a implantação são tomadas bem antes de se iniciar o procedimento de licenciamento ambiental, sendo formuladas a nível de políticas públicas, também prejudica a defesa do meio ambiente.

A antecipação das considerações sobre a viabilidade ambiental deve ocorrer, no sentido de acompanhar o interesse no desenvolvimento econômico. Possíveis soluções podem ser buscadas na Avaliação Ambiental Estratégica, o que, inclusive, é uma linha de pesquisa a ser desenvolvida em continuidade.

Veç que o acesso a informação e a participação pública mostraram-se grandes problemas frente à efetividade da gestão de impactos no licenciamento ambiental, desenvolveu-se o segundo capítulo no sentido de analisar como se deu a participação de comunidades tradicionais afetadas da região, considerando a legislação vigente e as questões levadas ao judiciário. Para isso, foram analisados os votos dos magistrados envolvidos na Ação Civil Pública apresentada para o caso.

Nessa análise, percebeu-se que a relação entre o instituto da CLPI é muito confundido com a oitiva constitucional, e também com as audiências públicas do licenciamento ambiental. A jurisprudência ainda não deu conta de harmonizar a relação entre os institutos com sólidos fundamentos jurídicos.

Ao contrário, a maioria dos votos que entendem pela confusão dos institutos carece de fundamentação jurídica. Ao passo que a fundamentação no sentido contrário encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, nos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, e subsiste às análises de consistência, coerência, consequência e universalidade argumentativas. Assim, entende-se que a jurisprudência ainda precisa avançar para solucionar essas questões sem violar o ordenamento pátrio.

Nesse meio, a pesquisa identificou e tratou ainda de maneira incipiente de técnicas e formas de participação pública que podem ser desenvolvidas e

incorporadas no processo de melhoramento do licenciamento ambiental. O direito comparado pode ser uma ferramenta útil nesse sentido.

Por fim, entende-se que o principal problema do licenciamento ambiental de Belo Monte foi a carência de participação. Considerando que o empreendimento é uma obra de interesse nacional, a participação pública em todas as etapas de implantação e licenciamento poderia solucionar os impasses examinados nessa monografia, além de conferir maior legitimidade ao empreendimento, democraticamente discutido.

## REFERÊNCIAS

ARNSTEIN, S. R. *A ladder of citizen participation*. Journal of the American institute of planners, v. 35, n. 4, p. 216-224, 1969.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006.

BANCO MUNDIAL – *Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate*. Volume I: Relatório Síntese, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238/239 (versão digital)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 333, de 25 de julho de 2003. Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Convenção sobre Diversidade Biológica, 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da OIT.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.472, de 20 de junho de 2005. Promulga a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes de 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 875, de 19 de julho de 1993. Promulga a Convenção de Basiléia para o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Disposição de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação – LAI.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA 001, de 23 de janeiro de 1986. Conselho Nacional de Meio Ambiente.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA 006, de 05 de junho de 1986. Conselho Nacional de Meio Ambiente.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA 009, de 03 de dezembro de 1987. Conselho Nacional de Meio Ambiente.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA 237, de 22 de dezembro de 1997. Conselho Nacional de Meio Ambiente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449.

CASTRO, Eduardo Viveiros de; ANDRADE, Lúcia M. M. de. *Hidrelétricas do Xingu: o Estado contra as sociedades indígenas*. Hidrelétricas do Xingu e os Povos Indígenas. São Paulo, 1988, pp, 7-25.

COLETTI, R. N. A participação da sociedade civil em instrumentos da política ambiental brasileira. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 25, pp. 39–51, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio, Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 149.

DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, AGENDA 21, CNUMAD, 1992.

DEVLIN, J. F.; YAP, N. T.; WEIR, R. Public Participation in Environmental Assessment: Case Studies on EA Legislation and Practice. *Canadian Journal of Development Studies/ Revue canadienne d'études du développement*, v. 26, p. 487–500, 2005.

DUPRAT, Débora. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In.: DUPRAT, Deborah. *Convenção 169 e Estados nacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2015.

EU, Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância, 1981.

FAINGUELERNT, M. B. A trajetória histórica do processo de licenciamento ambiental da usina hidrelétrica de Belo Monte. *Ambiente. soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 245-264, Junho 2016.

FEARNSIDE, P. M. 2015. Barragens na Amazônia: Belo Monte e o desenvolvimento hidrelétrico da bacia do Rio Xingu. p. 234. In: *Hidrelétricas na Amazônia: Impactos Ambientais e Sociais na Tomada de Decisões sobre Grandes Obras*. Vol. 1. Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Manaus, Amazonas, Brasil.

FURRIELA, Rachel Biderman. A Lei Brasileira sobre Acesso à Informação Ambiental como Ferramenta para a Gestão Democrática do Meio Ambiente. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no 3, jan/jun 2004.

GARZÓN, Biviany Rojas; MILLIKAN, Brent. *Belo Monte desafia os limites da responsabilidade socioambiental e das transparência do BNDES*. Dossiê Belo Monte: Não há condições para a Licença de Operação, ISA, 2015.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA; Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). Doc ISA 12 - Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. ISA, 2009.

IAIA – International Association for Impact Assessment. Principles of Environmental Impact Assessment Best Practice. Fargo: IAIA, Special publication v.1, 1999.1

ISA, Dossiê Belo Monte: Não há condições para a Licença de Operação, 2015.

LEITE, Marcelo et al. A Batalha de Belo Monte, Capítulo 5 – Quatro décadas de lutas. Folha de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2013/12/16/belo-monte/m/index.html>. Acesso em 05 de maio de 2017.

LEME ENGENHARIA LTDA; CAMAGO CORRÊA; ANDRARE GUTIERREZ; ODEBRECHT; ELETROBRÁS; MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. RIMA: Relatório de Impacto Ambiental- Aproveitamento hidrelétrico Belo Monte. Cartilha. Brasília, Maio de 2009.

MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAHL, Fernando A. *Um Estudo da Usina de Belo Monte*. Porto Alegre, 2015.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Caderno de Licenciamento Ambiental. Brasília-DF, 2009, p. 11.

MORETTO, Evandro Mateus et al. Histórico, tendências e perspectivas no planejamento espacial de usinas hidrelétricas brasileiras: a antiga e atual fronteira Amazônica. *Ambient. soc.*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 141-164, Dec. 2012.

PIAGENTINI, P. M.; FAVARETO, A. D. S. Instituições para regulação ambiental: o processo de licenciamento ambiental em quatro países produtores de hidreletricidade. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 30, pp. 31–43, 2014.

PROCHNOW, M. (Org.). Barra Grande: a hidrelétrica que não viu a floresta. pp. 6-7. Rio do Sul: Apremavi, 2005.

REIS, Dartisson de Castro. Análise crítica do processo de licenciamento ambiental de usinas fotovoltaicas. 2015. 151 p. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica - Faculdade de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Los recurso naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: De Justicia, 2011.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Por que não avança a avaliação ambiental estratégica no Brasil?. *Estud. av.*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 167-183, abr. 2017.

SANTOS, Sônia M. S. B M.; HERNANDEZ. Francisco del Moral (Orgs.). Painel de Especialistas – Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém, 29 de outubro de 2009.

SILVA, Cíntia T. P.; SILVEIRA, Clóvis E. M. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta?. *Direito Ambiental II: XXIII Congresso Ambiental do CONPEDI*. Florianópolis, 2014.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.362/2009-4 Relatório de Levantamento de Auditoria no IBAMA - avaliação dos instrumentos de controle ambiental. 2009.

ZUGMAN, Daniel Leib. *O dever de consulta aos povos indígenas e a construção da usina de Belo Monte*. *Revista Discente* 3, vol.1, n. 3, pp. 94-106, 2013.