



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 178.292/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 389/DF

Relator: Ministro **Roberto Barroso**
Requerente: Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores (CNPA)
Interessados: Ministra de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
Ministro de Estado do Meio Ambiente

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA INTERMINISTERIAL 192/2015 DOS MINISTÉRIOS DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO E DO MEIO AMBIENTE. SUSPENSÃO DE NORMAS SOBRE PERÍODOS DE DEFESO. PRELIMINARES. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO CAUTELAR. NEGATIVA DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO *EX TUNC* A CAUTELAR DEFERIDA NO PROCESSO PRINCIPAL. PODER REGULAMENTAR DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO AMBIENTAL DA PRECAUÇÃO. *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Torna-se prejudicado pedido cautelar de suspensão dos efeitos da Portaria Interministerial 192/2015, que foram sustados pelo Decreto Legislativo 293/2015, cuja eficácia foi restabelecida por decisão na ADI 5.447/DF.
2. Não se admite desvirtuamento do manejo de ADPF e das demais ações voltadas ao controle objetivo de constitucionalidade, para obter resultado específico em situações concretas. Resolução de temas relativos à impossibilidade da pesca, a despeito da suspensão do período de defeso, por força de fenômenos naturais e de fiscalização ambiental, deve ser postulada em processos subjetivos.
3. Apenas em situação excepcional, não demonstrada pela requerente, admite-se atribuição de efeito *ex tunc* a decisão caute-

lar em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Precedente.

4. O princípio ambiental da precaução, faceta do princípio da prevenção, positivado no art. 225 da Constituição da República, orienta adoção de medidas em favor do ambiente, em caso de incertezas acerca de potenciais danos causados por atividade humana.

5. Não afronta o princípio ambiental da precaução ato normativo que suspenda provisoriamente períodos de defeso, conforme recomendação técnica, em caso de ausência de grave e irreversível dano ao ambiente. Cabe ao autor de medida potencialmente lesiva ao ambiente demonstrar tecnicamente que não haverá impacto negativo ao ambiente (*in dubio pro natura*).

6. Período de defeso consubstancia medida de suspensão de atividade pesqueira durante temporada de reprodução e/ou recrutamento de espécies. Sustação de atos normativos que instituem períodos de defeso devem ser precedidas de estudos técnicos que demonstrem ausência de dano grave ao ambiente.

7. A Portaria Interministerial 192/2015, ao suspender períodos de defeso sem lastro científico sobre as consequências ao ambiente, afrontou os princípios da precaução, da vedação da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso ambiental.

9. Parecer por indeferimento da medida cautelar e, no mérito, por procedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores (CNPA), contra a Portaria Interministerial 192, de 5 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, que suspendeu, por 120 dias, com possibilidade de prorrogação, os períodos de defeso estabelecidos em dez atos normativos.

A Portaria Interministerial 192/2015 possui o seguinte teor:

Art. 1º Suspender, por até 120 dias, os períodos de defeso dos seguintes atos normativos:

- I – Portaria Sudepe n. N-40, de 16 de dezembro de 1986;
- II – Portaria IBAMA n. 49-N, de 13 de maio de 1992;
- III – Portaria IBAMA n. 85, de 31 de dezembro de 2003;
- IV – Instrução Normativa MMA n. 40, de 18 de outubro de 2005;
- V – Instrução Normativa IBAMA n. 129, de 30 de outubro de 2006;
- VI – Portaria IBAMA n. 48, de 5 de novembro de 2007;
- VII – Portaria IBAMA n. 4, de 28 de janeiro de 2008;
- VIII – Instrução Normativa IBAMA n. 209, de 25 de novembro de 2008;
- IX – Instrução Normativa IBAMA n. 210, de 25 de novembro de 2008; e
- X – Instrução Normativa IBAMA n. 10, de 27 de abril de 2009; Parágrafo único. O prazo de que trata o *caput* poderá ser prorrogado por até 120 dias.

Art. 2º Durante o período de suspensão estabelecido no art. 1º, será realizado o recadastramento dos pescadores artesanais pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, bem como será feita a revisão dos períodos de defeso por meio dos Comitês Permanentes de Gestão e Uso Sustentável de Recursos Pesqueiros.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Sustenta o requerente violação ao art. 225 da Constituição da República, porquanto a portaria interministerial permitiria atividade de pesca em períodos não recomendáveis e prejudiciais à reprodução de várias espécies de animais. Afirma que o ato conteria vício de desvio de finalidade, pois seu objetivo primário seria realizar recadastramento de pescadores para fins de pagamento do seguro-defeso. Aduz que o Congresso Nacio-

nal, por meio do Decreto Legislativo 293, de 10 de dezembro de 2015, sustou os efeitos da portaria. Contra o decreto, a Presidência da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade 5.447/DF, com pedido de medida cautelar, concedida pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI e que resultou na suspensão do ato do Congresso Nacional.

Requer, liminarmente, suspensão da eficácia da portaria interministerial e, em definitivo, declaração de sua inconstitucionalidade.

Em petição de aditamento, a autora requer apensamento desta ADPF à ADI 5.447/DF. Relatou que, com o restabelecimento da eficácia do Decreto Legislativo 293/2015, a partir de 11 de março de 2016, por decisão do Ministro ROBERTO BARROSO na ADI, o Instituto Nacional do Seguro Social considerou esta data como início da proibição de atividades de pesca, o que acarretou enormes prejuízos a pescadores. Embora possuíssem autorização para pesca devido à suspensão dos períodos de defeso, houve impedimento de ordem natural, pois o período sazonal obstaculizou a pesca, e administrativa, pois fiscalizações ambientais foram realizadas.

Requer retroação da decisão de revogação da medida liminar da ADI 5.447/DF a 9 de outubro de 2015, data de publicação da portaria interministerial. Subsidiariamente, pede que a concessão do seguro-defeso seja calculada consoante a data do Decreto Legislativo 293/2015 (peça 13).

Em 22 de junho de 2016, o Ministro ROBERTO BARROSO determinou apensamento da ADPF 389/DF a ADI 5.447/DF, pois

tratam de tema jurídico comum. Ressaltou prejuízo do pedido cautelar, porquanto restabeleceu os efeitos do Decreto Legislativo 293/2015, na decisão monocrática na ADI. Decidiu não atribuir efeitos *ex tunc* à cautelar. Registrou que, em parte do período no qual a portaria interministerial produziu efeitos, estava em vigor medida cautelar deferida pela própria Presidência do STF. Conquanto tenha ponderado que, em virtude do apensamento, as ações se encontrem instruídas, determinou, por cautela, intimação dos Ministros do Meio Ambiente e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República (peça 20).

2. PRELIMINARES

2.1. PREJUÍZO DO PEDIDO CAUTELAR

Está prejudicado o pedido cautelar de suspensão da eficácia da Portaria Interministerial 192, de 5 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente.

Em 11 de março de 2016, o relator da ADI 5.447/DF, Ministro ROBERTO BARROSO, revogou decisão cautelar concedida pela Presidência desse Supremo Tribunal durante o recesso forense anterior. A partir dali, restabeleceu-se a eficácia do Decreto Legislativo 293, de 10 de dezembro de 2015, o qual suspendeu os efeitos da portaria. Estão ausentes, portanto, utilidade e interesse na concessão de medida cautelar para suspender norma previamente suspensa por ato normativo do Congresso Nacional.

2.2. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS *EX TUNC* À MANUTENÇÃO DE EFICÁCIA DO DECRETO LEGISLATIVO 293/2015

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da Constituição da República, à falta de outro meio eficaz para salvaguarda, em face de atos do poder público lesivos a preceitos fundamentais. Ato jurídico, para fins de cabimento de ADPF, não precisa ostentar natureza normativa; basta que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de princípios e regras revestidos de essencialidade para manutenção da ordem constitucional, a serem avaliados nas circunstâncias. Segundo o Ministro CELSO DE MELLO:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.¹

1 Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.551/MG. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 2/4/2003, maioria. *Diário da Justiça*, 20 abr. 2006.

Por isso, não se admite desvirtuamento do manejo de ADPF e das demais ações voltadas ao controle objetivo de constitucionalidade, para obter resultado específico em situações concretas.²

A requerente pleiteia atribuição de efeito *ex tunc* à decisão do Relator, Ministro ROBERTO BARROSO, que revogou decisão liminar proferida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.447/DF e restabeleceu a eficácia do Decreto Legislativo 293/2015, o qual, por sua vez, suspendeu a Portaria Interministerial 192/2015. Fundamenta-o nas dificuldades enfrentadas por pescadores em realizar suas atividades, devido a condições ambientais desfavoráveis e à deflagração de fiscalizações ambientais, embora suspenso período de defeso. Narra situações subjetivas e concretas, que demandam análise probatória e observância do contraditório, de forma que o pleito não é passível de solução por meio de ADPE.

No que diz respeito à eficácia de decisão liminar em ação de controle concentrado de constitucionalidade, a regra é atribuição de efeito *ex nunc*, conforme o art. 11, § 1º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999,³ e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, consoante esclarece o acórdão abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE TRIBUNAL RE-

2 Por exemplo: STF. Plenário. Agravo regimental na ADPF 11/SP. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES; Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES, 18/11/2004, maioria. *DJ*, 5 ago. 2005; ADPF 17/AP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 5/11/2003. *DJ*, 14 fev. 2003; Referendo na medida cautelar na ADPF 172/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 10/6/2009. *DJe*, 21 ago. 2009, entre outros.

3 “Art. 11. [...] § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”.

GIONAL DO TRABALHO – CARÁTER NORMATIVO – INCIDÊNCIA DA VERBA DE REPRESENTAÇÃO SOBRE A INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS (VENCIMENTO E PARCELA AUTÔNOMA DE EQUIVALÊNCIA) – ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO IMPORTOU EM AUMENTO DE REMUNERAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA – DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RESERVA DE LEI E DA RESERVA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – GRAVAME AO ERÁRIO PÚBLICO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA *EXTUNC*.

[...]

A AUTORIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA IMPÕE-SE A TODOS OS PODERES DO ESTADO.

– Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.

A EFICÁCIA *EXTUNC* DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

– A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, “operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere” (*RTJ* 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (*RTJ* 138/86). Para que se outorgue eficácia *ex tunc* ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o

determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A requerente não demonstrou situação excepcional apta a ensejar concessão de efeito retroativo à medida cautelar, de modo que se deve aplicar a regra de aplicação de efeito *ex nunc*.

Além disso, no período entre 7 de janeiro de 2016 (data da decisão liminar que suspendeu o Decreto Legislativo 293/2015) e 11 de março de 2016 (data da decisão de revogação da medida liminar), a portaria interministerial vigorou por força de determinação proferida pela Presidência do STF.

É, portanto, incabível o pedido de atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão proferida na ADI 5.447/DF.

3. MÉRITO

Na ADI 5.447/DF, ajuizada contra o Decreto Legislativo 293, de 10 de dezembro de 2015, do Congresso Nacional, que suspendeu a Portaria Interministerial 192, de 5 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e do Ministério do Meio Ambiente (MMA), a Procuradoria-Geral da República manifestou-se por inconstitucionalidade do decreto. Entendeu que o controle exercido pelo Poder Legislativo com fundamento no art. 49, V, da Constituição da República, se restringe às hipóteses de excesso do poder regulamentar ou de delegação legislativa, e a portaria cujos efeitos foram sustados não

importou em exorbitância do poder regulamentar do Executivo, conforme ementa abaixo do parecer:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO 293/2015, DO CONGRESSO NACIONAL. SUSTAÇÃO DA PORTARIA INTERMINISTERIAL 192/2015 DOS MINISTÉRIOS DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO E DO MEIO AMBIENTE. SUSPENSÃO DE NORMAS SOBRE PERÍODOS DE DEFESO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXORBITÂNCIA DO PODER REGULAMENTAR. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO PARA DEFINIR O DEFESO. AFRONTA AO ART. 49, V, DA CONSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA DIVISÃO FUNCIONAL DE PODER. VIOLAÇÃO. LESÃO AO ERÁRIO. PERIGO NA DEMORA PROCESSUAL.

1. É cabível ação direta de inconstitucionalidade contra decreto legislativo editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição da República, para sustar efeito de ato normativo do Poder Executivo, supostamente exorbitante do poder regulamentar. Precedente.
2. Não excede o exercício legítimo do poder regulamentar portaria dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Meio Ambiente que suspende atos normativos definidores de períodos de defeso, com base na competência e nos comandos dos arts. 2º, XIX, 3º, IV, § 1º, e 6º da Lei 11.959/2009 e do art. 27, § 6º, I, da Lei 10.683/2003.
3. É inconstitucional, por violar os arts. 2º e 49, V, da CR, decreto legislativo que suste efeitos de ato normativo do Executivo proferido nos limites de sua competência regulamentar.
4. Perigo na demora processual expressa-se por iminente lesão ao erário, decorrente do pagamento de seguro-defeso, em valor bilionário e de improvável repetibilidade.
5. Parecer pelo conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade e pelo referendo da medida cautelar.

Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental impugna não o Decreto Legislativo 293/2015, mas a Portaria Interministerial 192/2015, que dispõe sobre suspensão de períodos de defeso. Apesar da manifestação acima e de se reconhecer competência do Poder Executivo para dispor sobre período de defeso, análise mais apurada da Portaria 192/2015 evidencia que houve violação às normas constitucionais ambientais.

A legislação ambiental confere ao Executivo competência para regulamentar as épocas de defeso (Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, art. 27, § 6º, I).⁴ Ao suspender os períodos de defeso definidos por atos normativos infralegais exarados por órgãos federais, o MAPA e o MMA atuaram com fundamento na competência expressamente delegada pela legislação pertinente, mais precisamente pelo art. 3º, IV, § 1º, da Lei 11.959, de 29 de junho de 2009.⁵

4 “Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes: [...]”

§ 6º Cabe aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Meio Ambiente, em conjunto e sob a coordenação do primeiro, nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros:

I – fixar as normas, critérios, padrões e medidas de ordenamento do uso sustentável dos recursos pesqueiros, com base nos melhores dados científicos e existentes, na forma de regulamento; e [...]”

5 “Art. 3º Compete ao poder público a regulamentação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Atividade Pesqueira, conciliando o equilíbrio entre o princípio da sustentabilidade dos recursos pesqueiros e a obtenção de melhores resultados econômicos e sociais, calculando, autorizando ou estabelecendo, em cada caso:

I – os regimes de acesso;

II – a captura total permissível;

III – o esforço de pesca sustentável;

IV – os períodos de defeso;

V – as temporadas de pesca;

VI – os tamanhos de captura;

Embora as pastas vinculadas ao Executivo possuam atribuição para dispor sobre suspensão do período de defeso, a portaria editada é incompatível com a ordem constitucional.

Diferentemente das constituições anteriores, a tutela do ambiente possui capítulo específico na Constituição da República de 1988, que estabeleceu para o poder público e a coletividade dever de preservar o ambiente e consagrou direito fundamental a ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao analisar o art. 225, *caput*, da Constituição da República ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN destaca que o equilíbrio ecológico deve ser compreendido de maneira dinâmica, de modo que “não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos. O que se busca é assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso”.⁶

Trata-se de direito fundamental de terceira dimensão (ou terceira geração, para alguns), pautado pela solidariedade e frater-

VII – as áreas interditadas ou de reservas;

VIII – as artes, os aparelhos, os métodos e os sistemas de pesca e cultivo;

IX – a capacidade de suporte dos ambientes;

X – as necessárias ações de monitoramento, controle e fiscalização da atividade;

XI – a proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques. [...]”.

6 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133-134.

nidade, de titularidade coletiva e destinado a tutelar interesses superiores do gênero humano, tanto das gerações atuais quanto das futuras. Assim como os demais direitos fundamentais, o direito a ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível e inalienável e impõe ao Estado e à coletividade obrigações de fazer e não fazer. Determinadas práticas econômicas e culturais, conquanto antigas, cobertas com a poeira do tempo e toleradas através de gerações, podem e devem vir a ser proscritas, em virtude de concepções modernas de proteção digna e apropriada da fauna, da flora e da própria humanidade, em última análise.

Da constitucionalização da tutela ambiental decorrem relevantes aspectos, como redução da discricionariedade estatal quanto às medidas necessárias à proteção do ambiente, adoção de mecanismos adequados e suficientes, atuação preventiva contra riscos e assunção do papel de gestor do patrimônio ambiental pelo poder público, uma vez que o Estado não é proprietário de bens ambientais.⁷

O art. 225, *caput*, da Constituição da República, positiva o princípio da prevenção, segundo o qual a preservação e proteção do ambiente se impõem ao poder público e à coletividade. É pilar do Direito Ambiental, porquanto danos causados ao ambiente são, amiúde, irreversíveis e irreparáveis ou de mui difícil reparação.⁸

7 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 285.

8 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119-120.

Consagra dever geral do poder público de evitar riscos ambientais.

Decorrencia do princípio da prevenção é o princípio da precaução, que tem origem no Direito alemão (*Vorsorgeprinzip*) e é reconhecido como o Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992.⁹ Traduz orientação de evitar que a falta de clareza acerca de possíveis riscos e danos ambientais decorrentes de atividades humanas impeça a adoção de medidas preventivas.

Como observa PAULO AFFONSO DE LEME MACHADO, “o princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”.¹⁰ Sua aplicação alcança situações de riscos graves e irreversíveis, pois incidência irrestrita do preceito implicaria impedimento ao desenvolvimento científico e econômico.

De acordo com o Princípio 15 da Declaração do Rio 92, que consolida o princípio da precaução, “quando haja falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para poster-

9 Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

10 MACHADO, Paulo Affonso de Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

gar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente”. Dessa forma, a incerteza científica sobre a ocorrência de danos ambientais deve ser aplicada a favor do ambiente, ou seja, *in dubio pro natura*.

Cabe ao autor de medida potencialmente causadora de dano demonstrar tecnicamente que não haverá impacto negativo ao ambiente ou que este será mínimo, sob pena de não ser autorizado desempenho da atividade desejada. Em outras palavras, o preceito constitucional da precaução orienta a inversão do ônus da prova, transferindo o encargo da prova aos interessados em implementação de atividade potencialmente degradadora do ambiente. É pertinente a análise de ALEXANDRA ARAGÃO sobre a matéria:

O princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio “*in dubio pro ambiente*”: na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ônus da prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor. Ou seja, por força do princípio da precaução, é o potencial poluidor que tem o ônus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adoptou medidas de precaução específicas.

Ora, as dúvidas sobre a perigosidade de uma determinada acção para o ambiente podem existir em várias circunstâncias: ou quando ainda não se verificaram quaisquer danos decorrentes de uma determinada actividade, mas se receia, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer; ou então quando, havendo já danos provocados ao ambiente, não há provas científicas sobre qual a causa que está na origem dos danos, ou sobre onexo de causalidade entre uma determinada causa possível e os danos verificados. Em qualquer destes casos de dúvida, o princípio da precaução impõe, por previdência, que sejam tomadas medidas cautelares rela-

tivamente às actividades, aos produtos, aos projectos ou instalações “suspeitas” de ter provocado um dano, ou de poder vir a provocá-lo.¹¹

O Supremo Tribunal Federal adotou o princípio da precaução como parâmetro para aferir constitucionalidade de atos normativos proibitivos de importação de pneus usados, no julgamento da ADPF 101/DF. A Relatora, Min. CÁRMEN LÚCIA, destacou:

O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza.¹²

O Min. CARLOS BRITTO complementou a ponderação da relatora: “ali, onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público”.

O Superior Tribunal de Justiça invoca, com certa frequência, o princípio da precaução para avaliar atividades danosas ao ambiente e determinar a inversão do ônus da prova de ausência de de-

11 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-71.

12 STF. Plenário. ADPF 101/DF. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 24/6/2009, maioria. *DJe* 108, 1º jun. 2012.

gradação do ambiente.¹³ No julgamento do recurso especial 1.285.463/SP, relatoria do Min. HUMBERTO MARTINS, sobre queima de palha de cana-de-açúcar, destacou-se que “a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente”.¹⁴

O MMA e o MAPA, por meio da Portaria Interministerial 192/2015, suspenderam dez atos normativos que estipulavam períodos de defeso, com o propósito de efetuar revisão deles. Segundo afirmações da Presidência da República na petição inicial da ADI 5.447/DF, a portaria estaria fundada na Nota Técnica 74/2015, do MMA. Sustentou que, “para o pleno atendimento do objetivo principal dos períodos de defeso (qual seja, a proteção da reprodução e/ou do recrutamento dos recursos pesqueiros), [...] seria imprescindível a imediata revisão de determinados atos normativos que estabeleciam períodos de defeso, haja vista terem sido editados há mais de 10 ([...]) anos ou não possuírem estudos específicos atualizados que comprovassem a efetividade da medida”.

De acordo com o art. 2º, XIX, da Lei 11.959, de 29 de junho de 2009, o defeso consubstancia “paralisação temporária da pesca

13 A título exemplificativo, citam-se os seguintes julgados: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença 1.564/MA. Rel.: Min. ARI PARGENDLER. 16/5/2012, un. *DJe* 6 jun. 2012. STJ. 3ª T. Recurso Especial 1.330.027/SP. Rel.: Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 6/11/2012, un. *DJe* 9 nov. 2012. STJ. 2ª T. REsp 1.437.979/CE. Rel.: Min. HERMAN BENJAMIN. 10/11/2015. *DJe* 18 maio 2016.

14 STJ. 2ª T. REsp 1.285.463/SP. Rel.: Min. HUMBERTO MARTINS. 28/2/2012, un. *DJe*, 6 mar. 2012.

para a preservação da espécie, tendo como motivação a reprodução e/ou recrutamento, bem como paralisações causadas por fenômenos naturais ou acidentes”.

Os atos normativos suspensos pela Portaria 192/2015 instituem, portanto, períodos de paralisação da atividade pesqueira a fim de assegurar a conservação de espécies marítimas, fluviais e lacustres e garantir-lhes reprodução. Trata-se de normas pautadas na proteção do ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações – inclusive para tornar sustentável no longo prazo a própria atividade profissional da categoria que a entidade autora representa – , que concretizam ditames constitucionais.

Dessa forma, a sustação de atos normativos que regulamentam período de defeso depende de demonstração técnica de ausência de degradação do ambiente.

Conquanto análise probatória densa em regra não seja admissível em controle concentrado de constitucionalidade, adoção do princípio constitucional da precaução como parâmetro para aferição de constitucionalidade da norma impõe ao autor o encargo de alguma instrução probatória a fim de demonstrar ausência de danos graves ao ambiente. As entidades envolvidas na elaboração da norma atacada, entretanto, não se desincumbiram desse ônus.

A Portaria Interministerial 192/2015 fundamenta-se na Nota Técnica 74/2015 do MMA. As razões deste documento não comprovam satisfatoriamente ausência de dano ambiental, não evidenciam necessidade de suspensão dos períodos de defeso para

reavaliá-los nem demonstram situação ambiental a demandar revisão imediata de períodos de defeso.

De acordo com a nota técnica, em 2 de outubro de 2015, a Secretaria do Tesouro Nacional apresentou proposta para suspender todos os defesos por até 90 dias. Após análise do MAPA e do MMA, considerou-se passível de suspensão por 90 dias para a revisão estes dez atos normativos:

- i) Portaria SUDEPE 40, de 16 de dezembro de 1986;
- ii) Portaria IBAMA 49, de 13 de maio de 1992;
- iii) Portaria IBAMA 85, de 31 de dezembro de 2003;
- iv) Instrução Normativa MMA 40, de 18 de outubro de 2005;
- v) Instrução Normativa IBAMA 129, de 30 de outubro de 2006;
- vi) Instrução Normativa IBAMA 48, de 5 de novembro de 2007;
- vii) Portaria IBAMA 4, de 28 de janeiro de 2008;
- viii) Instrução Normativa IBAMA 209, de 25 de novembro de 2008;
- ix) Instrução Normativa IBAMA 210, de 25 de novembro de 2008, e
- x) Instrução Normativa IBAMA 10, de 27 de abril de 2009.

Quanto à Portaria SUDEPE N-40/1986, à IN MMA 40/2005, à IN 129/2006, à IN 209/2008 e à Portaria IBAMA

49/1992, a nota técnica (NT) apenas relata as espécies protegidas e o número de beneficiários dos períodos de defeso.

Sobre a IN MMA 40/2005, afirma necessidade de verificar se o período de defeso coincide com as épocas de recrutamento e reprodução. Aduz existirem “evidências” de aumento na abundância de peixes na bacia do rio Parnaíba. No que diz respeito à Portaria 48/2007, relata que o estado da maioria das espécies protegidas é “menos preocupante” e não apresentaria, “aparentemente, riscos elevados de extinção no momento”.

Assevera a necessidade de revisão do período de recrutamento e reprodução das espécies protegidas pelo período de defeso instituído pela Portaria IBAMA 4/2008. Quanto à IN IBAMA 210/2008, declara que “os períodos de defesos para os rios, riachos, lagoas, açudes e represas dos estados da Paraíba e Rio Grande do Norte protegem as mesmas espécies que foram consideradas com o risco de extinção Menos Preocupante (LC) não estando listada na Portaria MMA 445/14”. No que se refere à IN IBAMA 10/2009, informa que nenhuma espécie do gênero *Centropomus spp.* (robalos) está ameaçada de extinção.

A despeito de mencionar os dez atos normativos cuja suspensão seria recomendada, a NT faz análise superficial do risco de suspensão de cinco atos. Em realidade, não é possível concluir de seu exame que a suspensão dos períodos de defeso não acarretará lesões ao equilíbrio ambiental nem à preservação de espécies marítimas, fluviais e lacustres. Não afirma categoricamente, com lastro

em estudos sólidos, que não ocorrerá degradação ambiental nem risco às espécies e ecossistemas envolvidos. Ao revés, indica necessidade de confirmar a suspensão dos períodos de defeso pela comunidade científica.

Análise da nota técnica sugere que a premissa adotada para sua elaboração foi a necessidade imperiosa da suspensão de períodos de defeso, com a finalidade fiscal de alterar o regime de pagamento de seguro-defeso, e não mudanças ambientais que justificariam reavaliar temporadas de proibição de pesca.

Trata-se de evidente violação ao dever da União de preservar a fauna marítima, fluvial e lacustre e ao princípio da vedação de retrocesso socioambiental, preceito constitucional implícito que veda alterações legislativas e administrativas voltadas a flexibilizar-severamente situações consolidadas de proteção ambiental, que impliquem involução de conquistas nesse campo. Consoante explicam INGO SARLET e TIAGO FENSTERSEIFER, “em matéria de realização (eficácia social) dos direitos socioambientais se registra um dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais”.¹⁵

ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN esclarece a força normativa e eficácia imediata do princípio da proibição de retrocesso social.¹⁶ Vale

15 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

16 BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 62-63 e 67-69. Destaques no original.

a citação longa pela importância dos elementos que contém e sua aplicabilidade à ofensa constitucional perpetrada pelas normas objeto desta ação:

Proibição do retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em *princípio geral do Direito Ambiental*, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um *princípio sistêmico*, que se funda e decorre da leitura conjunta e [do] diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, princípio geral, já que as *bases e conteúdo ecológicos* (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras. Tanto a legislação ambiental, como a jurisprudência¹¹ optaram por esse “caminhar somente para a frente”.¹⁷

17 A nota 11 do texto transcrito diz: “Reconhecendo, expressamente, a proibição de retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental, cf., no Superior Tribunal de Justiça, o EREsp 418.526/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, *DJe*, 13.10.2010; em outro precedente, o STJ decidiu que o princípio da proibição de retrocesso é ‘garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos,

Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente se organiza, acima referimos, em torno de bem-revelados e fixados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos *imperativos jurídico-ambientais mínimos*: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II e VII). [...]

Fundição entre instrumentos infraconstitucionais e a norma constitucional de garantia do mínimo ecológico

Violações ao princípio da proibição de retrocesso se manifestam de várias maneiras. A mais óbvia é a redução do *grau* de salvaguarda jurídica ou da *superfície* de uma área protegida (Parque Nacional, p. ex.); outra, menos perceptível e por isso mais insidiosa, é o esvaziamento ou enfraquecimento das normas de previsão de direitos e obrigações ou, por outro lado, os instrumentos de atuação do Direito Ambiental (Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Áreas de Proteção Permanente, Reserva Legal, responsabilidade civil objetiva, p. ex.).

Conseqüentemente, tirante a redução pura e simples de espaços territoriais protegidos, o retrocesso pode afetar ora direitos substantivos (= retrocesso substantivo) ora direitos procedimentais ou o *due process* ambiental (= retrocesso formal ou procedimental); ora o marco legislativo em si mesmo (= retrocesso legislativo) ora a política de implementação (= retrocesso de implementação).

[...]

É bom ressaltar que os Instrumentos de Direito Ambiental, no caldo dos múltiplos matizes de origem, filiação filosófica e objetivos que os informam, ostentam variegadas referências de prestígio e eficácia. Há, entre eles, os que atuam no coração da disciplina, chamados *diretos* ou *primários* (salvaguardam, frontalmente, biomas, ecossistemas e processos

destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes’ (REsp 302.906/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe, 1.12.2010)”.

ecológicos essenciais, entre eles cabendo citar as Áreas Protegidas, a Reserva Legal, as APPs, a declaração de árvore imune a corte); e os que, batizados de *indiretos* ou *procedimentais*, alcançam resultados semelhantes, só que por meios oblíquos, p. ex., ao ampliarem o grau e disseminação de informação ambiental gerada e em circulação, e ao estabelecerem mecanismos de participação pública. A ambas as categorias se aplica o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

No âmbito desse “centro primordial”, “ponto essencial”, “núcleo duro” ou “zona de vedação reducionista”, o desenho legal infraconstitucional, uma vez recepcionado pela Constituição, com ela se funde, donde a impossibilidade de anulá-lo ou de afrouxá-lo de maneira substancial, sem que com isso, inafastavelmente, se fira ou mutile o próprio conteúdo e sentido da norma maior. É o fenômeno da repulsa às normas infraconstitucionais que, desinteressadas em garantir a *máxima* eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, não se acanham e são rápidas ao negar-lhes o *mínimo* de eficácia.

Aplicação prática do princípio da proibição de retrocesso ambiental

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”.^{16 18}

Exatamente da forma apontada por HERMAN BENJAMIN, a Portaria Interministerial 192/2015 traduz afronta à proibição de proteção insuficiente, segundo a qual o estado é responsável por

18 A nota 16 do texto transcrito contém esta referência: “Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381”.

garantir nível mínimo de proteção do ambiente. A tutela estatal na preservação e proteção de bens jurídicos ambientais – que são vitais para a própria subsistência da espécie humana e dos milhões de outras que habitam o planeta – deve ser efetiva e suficiente para garantir o mínimo existencial socioambiental. Isso foi desrespeitado pela norma federal, a qual, ao suspender períodos de defeso, expôs a risco de danos irreversíveis a fauna aquática nacional.

A respeito da relevância da atuação do Judiciário na garantia de tutela efetiva, adequada e suficiente dos bens ambientais, INGO SARLET e TIAGO FENSTERSEIFER ponderam:

Diante da insuficiência manifesta de proteção estatal (por exemplo, ausência ou insuficiência da legislação na matéria), há violação do dever de tutela estatal, e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade. A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, e, portanto, aos deveres de proteção, guarda importância singular não só para a análise da categoria da proibição de proteção insuficiente, mas também para a garantia da proibição de retrocesso, [...] posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a supressão ou redução dos níveis de proteção social e ambiental [...], caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la.¹⁹

19 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 293.

Em suma, a pretexto de revisar períodos de defeso legitimamente instituídos, a Portaria Interministerial 192/2015 afrontou a ordem jurídico-constitucional. A revisão dos período de defeso deve preceder sua suspensão ou revogação. Essa é a interpretação consentânea com a ordem constitucional e especificamente com os princípios ambientais da precaução, da vedação da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso ambiental.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República por indeferimento dos pedidos cautelares e, no mérito, por procedência do pedido.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República