

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA
AGRAVANTE : PARATININGA ENERGIA S/A
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO BETTIOL E OUTROS(AS)
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
PROCURADOR : MARIO LUCIO DE AVELAR

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA, EM REGRA, DE ENTIDADE ESTADUAL. CONSTRUÇÃO FORA DE TERRA INDÍGENA E IMPACTOS REGIONAIS INDIRETOS. COMPETÊNCIA FEDERAL TAXATIVAMENTE PREVISTA EM LEI E EM RESOLUÇÃO DO IBAMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM COMPETÊNCIA DA AUTARQUIA FEDERAL. SENTENÇA QUE ACOLHE ORIENTAÇÃO EM SENTIDO OPOSTO. APELAÇÃO. RECEBIMENTO SÓ NO EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM QUE SE PRETENDE TAMBÉM EFEITO SUSPENSIVO. PROVIMENTO.

1. Estabelece o art. 10 da Lei n. 6.938/81: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. O § 4º prevê: “Compete ao Instituto do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”.

2. Por sua vez, dispõe o art. 4º da Resolução CONAMA n. 237/97: “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SIANAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber: I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; *em terras indígenas* (grifei) ou em unidades de conservação do domínio da União; II – localizadas ou desenvolvidas *em dois ou mais Estados* (grifei); III – cujos impactos ambientais *diretos* (grifei) ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; ...”.

3. Emerge dos autos que a PCH Paranatinga II não está projetada em rio da União (o que, aliás, não seria determinante de competência do IBAMA para o licenciamento) e nem em terras indígenas, apenas encontrando-se a relativa distância de terras indígenas (“33,81 km da Terra dos Parabubure, 62,52 km da Marechal Rondon e 94,12 km do Parque Nacional do Xingu”). Também emerge claro que o impacto ambiental em outro Estado é indireto. A pouca potencialidade para atingir gravemente, mesmo de forma indireta, terras indígenas, uma região inteira ou outro Estado-membro pode ser deduzida do tamanho do lago (336,8 ha), área à qual foram reduzidos os 1.290 ha inicialmente previstos, questão esta não apreciada na sentença.

4. Algum impacto a construção da usina trará à bacia do Rio Xingu e a terras indígenas, mas esses impactos são indiretos, não afastando a competência da entidade estadual para o licenciamento. O impacto regional, para justificar a competência do IBAMA, deve subsumir-se na especificação do art. 4º da Resolução n. 237/97, ou seja, deve ser direto; semelhantemente, justifica-se a competência do IBAMA quando o empreendimento esteja sendo desenvolvido em terras indígenas, não o que possa refletir sobre terras indígenas. O próprio juiz diz que há “prova irrefutável de que o empreendimento questionado nesta lide trará consequências ambientais e sociais para os povos e terras indígenas *que lhe são próximos*” (grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

5. Não foge desse critério a Constituição, no art. 231, § 3º, quando prevê que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais *em terras indígenas* (grifei) só poderão ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

6. Na Constituição as competências materiais da União vêm expressas (enumeradas), ficando para os Estados-membros e Distrito Federal as competências remanescentes, significando dizer que em regra (por exclusão das competências da União, taxativamente previstas) as competências são dos Estados-membros. Assim na Constituição, o mesmo critério deve ser empregado na interpretação das normas infraconstitucionais. Não há, pois, lugar para interpretação extensiva ou analógica da regra de competência da entidade federal.

7. Não há elementos que autorizem afirmar ou pressupor irregularidade no licenciamento estadual, ou pelo menos o juiz não os considerou. Deste modo, o que aflora é o *periculum in mora* da agravante, impedida, sem motivo justificável, de continuar a obra.

8. Provimento ao agravo de instrumento, com atribuição de efeito suspensivo à apelação.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo instrumento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 20 de setembro de 2006 (data do julgamento).

JOÃO BATISTA MOREIRA

Desembargador Federal – Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PARANATINGA ENERGIA S/A contra decisão na qual o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Mato Grosso recebeu apenas no efeito devolutivo apelação de sentença em que fora deferido pedido formulado pelo Ministério Público Federal nos autos de ação civil pública destinada a anular licenciamento ambiental conduzido pela Fundação Estadual do Meio Ambiente/MT para efeito de construção da Central Hidrelétrica de Paranatinga II.

Eis a decisão agravada:

Pugna a Requerida Paranatinga Energia S/A pelo recebimento de seu recurso de apelação interposto às fls. 1.746/1.790 também no efeito suspensivo, nos termos do que autoriza o art. 14 da Lei n. 7.347/85.

Decido.

A sentença prolatada por este juízo às fls. 1.714/1.724, contra a qual se insurge a empresa supra citada, ao declarar a nulidade do processo de licenciamento ambiental da PCH Paranatinga II, conduzido pela Fundação Estadual do Meio Ambiente-FEMA/MT, reconheceu persistir interesse da União Federal, o que desqualifica a atuação do órgão ambiental estadual.

Foram utilizados como fundamentos para o reconhecimento de vícios quanto aos aspectos formais do licenciamento ambiental, além da extrapolação dos impactos ambientais do âmbito local, a presença de interesse indígena causado tanto pelo impacto ambiental de natureza regional na flora e fauna nas terras por ele ocupadas, como também à vista da destruição de sítio sagrado dos índios denominado Quarup.

A corroborar o interesse supra, tem-se a admissão da FUNAI na qualidade de assistente do Ministério Público Federal. Dessa premissa decorre também o reconhecimento de violação da norma constitucional prescrita no art. 231 § 3º da CF/88, a exigir prévia autorização do Congresso Nacional para a exploração de potencial hidrelétrico, ouvidas as comunidades afetadas.

Inferre-se, dessa forma e diversamente do que sustenta a Apelante, que não se pode dar guarida tão-somente aos argumentos utilizados pelo e. TRF/1ª Região para suspender a decisão liminar proferida em sede de juízo de prelibação para se atribuir o efeito suspensivo ora pretendido, uma vez que os fundamentos da sentença ultrapassam a análise prévia efetuada naquela ocasião.

*De outro giro, há que se sopesar que a aplicação do art. 14 da Lei n. 7.347/85 destina-se a evitar dano irreparável, o que, **in casu**, se faz presente justamente em defesa da parte adversa – o meio ambiente e o patrimônio étnico, arqueológico e cultural dos povos indígenas que habitam as proximidades do local destinado à construção da PCH-Paranatinga II.*

O perigo é “in reverso”, ou seja, existe para o meio ambiente, para os povos indígenas afetados pela obra ilegal e para a Administração Pública Federal, que teria seus interesses afetados pela atuação inconstitucional do órgão ambiental estadual.

Ante tais motivos, recebo a apelação somente no efeito devolutivo.

Relata e argumenta a agravante: 1) “a sentença julgou totalmente procedente o pedido inicial, reconhecendo (i) a nulidade do processo de licenciamento conduzido pelo órgão de meio ambiente do Estado de Mato Grosso; (ii) a competência administrativa do IBAMA para conceder eventuais licenças; e (iii) a condenação da empresa Paranatinga Energia S/A a abster-se de realizar

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

as obras e a indenizar os supostos danos ambientais causados”; 2) “embora com praticamente um mês de atraso, o juízo *a quo* entendeu que o recurso de Apelação deveria ser recebido apenas no efeito devolutivo, porquanto: (a) os fundamentos da sentença ultrapassaram as questões tratadas na liminar reformada pela Corte Revisora e (b) o art. 14 da Lei 7.347/85 seria inaplicável ao caso concreto diante do risco ‘in reverso’ a que ficariam submetidos o meio ambiente e patrimônio étnico, arqueológico e cultural dos indígenas que habitam as proximidades da região, acaso as obras não fossem novamente suspensas”; 3) sustentou-se que “além dos argumentos centrais da discussão, relativos ao suposto dano de âmbito regional e repercussão em terras e sítios sagrados de comunidades indígenas aptos a transferirem o processo de licenciamento para a órbita federal, a sentença também se fundamentou na admissão da FUNAI como assistente do MPF e no reconhecimento de violação ao art. 231, § 3º, da CF/88, argumento não enfrentado pelo Tribunal ‘ad quem’ quando da reforma da liminar e que por si só induziriam à necessidade do recebimento da Apelação apenas no efeito devolutivo”; 4) acontece que a decisão liminar de primeiro grau fizera “referência expressa ao art. 231 da CF/88” e, “ainda que o dispositivo não tivesse sido explorado tanto na liminar quanto na sentença, a simples leitura de seu conteúdo revela a inaplicabilidade no caso concreto” uma vez que se refere ao aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas; 5) na contestação “a Agravante afirmou e provou que a obra não se desenvolvia em qualquer terra indígena, pois estava situada a 33,81 Km da Terra Indígena Parabubure e 94,12 Km do Parque Indígena Xingu, conforme atestavam os mapas da região”; 6) “em reforço à assertiva, também apresentou a certidão dominial e as escrituras públicas de compra e venda das terras onde está sendo construída a hidrelétrica, comprovando que há pelo menos 50 (cinquenta) anos a transmissão sucessória vem sendo processada entre particulares, sem qualquer indício de ocupação indígena”; 7) “já a FUNAI, ao pedir o ingresso na lide na qualidade de assistente simples do MPF, por meio da única petição que atravessou nos autos, manifestou que se fazia necessária sua presença para o acompanhamento da condução adequada do processo, ‘com a devida participação do órgão federal de proteção dos interesses indígenas, bem como com o levantamento dos impactos socioambientais para as terras indígenas próximas ao mesmo’”; 8) “a preocupação da autarquia indígena foi remediada, *data venia*, pela manifestação da própria autarquia federal do meio ambiente – IBAMA, que, chamada a integrar a lide, pôs fim à discussão reconhecendo a inexistência de circunstâncias que justificassem o deslocamento do licenciamento da PCH PARANATINGA II para a esfera federal”; 9) “a própria sentença se curvou ao entendimento de que as obras não se realizavam em terras indígenas, procurando apenas fugir dos rigores das regras de competência por meio de lucubrações extensivas do texto legal”; 10) “a simples admissão da FUNAI na lide também não constitui argumento jurídico apto a sustentar suposta inovação da sentença, pois como já dito acima, referida autarquia procurava apenas acompanhar o regular prosseguimento do processo e resguardar eventuais direitos indígenas”; 11) “a sentença não agregou qualquer outro argumento relevante que pudesse ser considerado uma inovação do que já fora decidido em sede de liminar”; “a despeito do que possa ter dito o eminente prolator, a sentença é sim mera convolação da liminar já reformada por este Eg. Tribunal”; 12) o entendimento de que a suspensão dos efeitos da sentença importaria perigo *in reverso* ao meio ambiente e ao patrimônio dos povos indígenas da região também é equivocado, “pois parte da premissa de suposta ‘atuação inconstitucional do órgão ambiental estadual’, quando nos autos do processo, inclusive por manifestação formal do IBAMA e decisão emanada desta Eg. Corte Regional, no já citado Agravo de Instrumento n. 2005.01.00.067479-6, foi reconhecida a competência do órgão estadual para conduzir o licenciamento e, via de consequência, a legalidade dos atos já praticados”; 13) “qualquer afirmação contrária, sem lastro de prova, é mera expressão de convicção pessoal inapta a permitir a execução imediata da sentença e consumir a própria perda de efetividade do julgamento futuro do recurso de Apelação”; 14) “ainda sobre a alegação de perigo *in reverso*, não é ocioso destacar que a paralisação das obras por força das liminares reformadas neste Eg. Tribunal já havia consumado prejuízos milionários à PARANATINGA, sem falar no comprometimento de toda uma logística financeira-empresarial, que gerou penalidades severas; perda de rendimentos às empresas contratadas; redução dos impostos federais, estaduais e municipais incidentes sobre os equipamentos e serviços correspondentes; desemprego dos mais de 400 profissionais contratados para as obras de construção e demais serviços; suspensão do financiamento do projeto, assegurado a todos os empreendimentos elétricos pelo BNDES”; 15) “as PCH’s são atraentes por diversos motivos: a) acarretam dano ambiental irrelevante e recuperável, já

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

que são formadas por obras de pequeno porte; b) são custeadas com dinheiro da iniciativa privada, cuja remuneração vem na forma de autorização por tempo determinado; c) produzem energia *limpa* e por metade do preço da geração térmica, incentivando o crescimento da produção e gerando emprego, renda e arrecadação tributária”; 16) “a importância da produção de energia por PCH’s é reconhecida mundialmente, em função do protocolo de Kyoto”; “em funcionamento, a PCH PARANATINGA II gerará certificação pela ONU e o pagamento, pelas nações desenvolvidas, do subsídio conhecido como ‘crédito de carbono’”; 17) “grande parte da energia elétrica produzida no Estado de Mato Grosso ainda provém de usinas termelétricas e geração a óleo diesel, sendo notório que a queima de combustível fóssil (diesel) é uma das principais fontes de emissão de gases poluentes e de seus nocivos desdobramentos (chuvas ácidas, efeito estufa etc.)”; 18) a verossimilhança do direito pode ser assim resumida: “a) incompetência absoluta da Justiça Federal diante da manifestação de desinteresse do IBAMA, requisito essencial para o processamento da ACP no juízo federal, a teor do que restou decidido no Agravo de Instrumento n. 2005.01.00.018618-5 (cópia anexa); b) nulidade da sentença por afronta ao devido processo legal e ampla defesa, em virtude da incompatibilidade do julgamento antecipado da lide com as provas técnicas indispensáveis requeridas oportunamente por todas as partes envolvidas na lide, inclusive pela FUNAI, que aguardava a realização de audiência pública (fls. 1.380); c) inexistência de impacto ambiental de âmbito regional em função da pequena área de alagamento da represa e pelo fato das obras estarem sendo realizadas em rio estadual (Rio Culuene) e dentro das fronteiras do Estado de Mato Grosso; d) inexistência de obras em terras indígenas ou mesmo em locais sagrados das comunidades indígenas locais, tal como o do primeiro ritual Quarup; e) impossibilidade de se conferir interpretação extensiva às normas que disciplinam a distribuição de competência para a condução de processos de licenciamento entre os órgãos de meio ambiente dos Estados e da União; f) presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos praticados pela SEMA, cuja desconstituição só é possível a partir de robusto acervo probatório, não produzido no caso concreto; g) impossibilidade de responsabilização do empreendedor pelos atos praticados dentro dos limites das licenças que lhe foram conferidas”; 19) “já o receio de dano irreparável é ainda mais evidente, pois a não atribuição do efeito suspensivo resultará em nova paralisação das obras, já em estágio adiantado de construção”; 20) finalmente, “existem precedentes jurisprudenciais no sentido de que mesmo a superveniência da sentença não tem o condão de se sobrepor à decisão da instância superior tomada em anterior Agravo de Instrumento, que continuará eficaz até o julgamento definitivo da apelação”.

O agravado responde: a) que “a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), em seu art. 14 prevê que ‘o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte’”; b) que “de tal dispositivo decorre construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, em sede de ação civil pública, serão os recursos, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo”; c) que, “somente se verá o juiz compelido a conferir o efeito suspensivo a recurso interposto em sede de ação civil pública se, sopesando os interesses colocados em jogo através da demanda, vislumbrar que a parte recorrente sofrerá dano irreparável”; d) que, “no caso em tela, colocam-se frente a frente dois interesses distintos: de um lado, o interesse de cunho econômico, que embasa as pretensões da recorrente, e de outro, a tutela dos patrimônios ambiental, arqueológico e cultural, colocados sob risco de perecimento ante à continuidade das obras”; e) que, “diante de tal confronto entre iminentes possibilidades de dano, optou o magistrado por tutelar aqueles bens que merecem maior proteção por parte do Estado, utilizando-se, para isso, dos critérios insculpidos pelos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Nesta instância, como *custus legis*, o Ministério Público Federal subscreve a resposta do agravado.

Em vez de apreciar o pedido de antecipação de tutela recursal, estou trazendo a julgamento, em caráter definitivo e preferencial, o agravo de instrumento, tendo em vista a relevância da questão.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

VOTO

Reafirmo o entendimento de que deve o exame da matéria partir do que estabelece o art. 10 da Lei n. 6.938/81: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

O art. 10, § 4º, prevê: “Compete ao Instituto do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”.

Por sua vez, dispõe o art. 4º da Resolução CONAMA n. 237/97: “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SIANAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber: I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; *em terras indígenas* (grifei) ou em unidades de conservação do domínio da União; II – *localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados* (grifei); III – cujos impactos ambientais *diretos* (grifei) ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; ...”.

Emerge dos autos que a PCH Paranatinga II não está projetada em rio da União (o que, aliás, não seria determinante de competência do IBAMA para o licenciamento) e nem em terras indígenas, apenas encontrando-se a relativa distância de terras indígenas (“33,81 km da Terra dos Parabubure, 62,52 km da Marechal Rondon e 94,12 km do Parque Nacional do Xingu”). Também emerge claro que o impacto ambiental em outro Estado é indireto. A pouca potencialidade para atingir gravemente, mesmo de forma indireta, terras indígenas, uma região inteira ou outro Estado-membro pode ser deduzida do tamanho do lago (336,8 ha), área à qual foram reduzidos os 1.290 ha inicialmente previstos, questão esta não apreciada na sentença.

A competência do IBAMA não resulta, no caso, de previsão taxativamente expressa. Resta decidir se, como sustenta o Ministério Público Federal, o rol estabelecido pela referida Resolução teria “caráter meramente exemplificativo (e não exaustivo ou taxativo) dos empreendimentos e atividades cujos impactos serão considerados de âmbito regional ou nacional”.

Na Constituição, as competências materiais da União vêm expressas (enumeradas), ficando para os Estados-membros e Distrito Federal as competências remanescentes, significando dizer que em regra (por exclusão das competências da União, taxativamente previstas) as competências são dos Estados-membros. É ensinamento doutrinário que “a Constituição de 1988, ao estabelecer a repartição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, fundou-se na técnica clássica de enumerar poderes à União e deixar os remanescentes aos Estados, além de definir, explicitamente, os poderes dos Municípios...”¹. Se é assim na Constituição, o mesmo princípio deve ser empregado, por simetria, na interpretação da lei. Não há lugar para interpretação extensiva ou analógica da regra de competência da entidade federal. A regra geral “é a de que a determinação do Estudo de Impacto Ambiental, sua avaliação e aprovação e outorga da respectiva licença caibam ao órgão estadual ambiental”².

Chega-se à conclusão, pois, que a competência do IBAMA para o licenciamento ambiental é só a que está estritamente prevista nas respectivas normas.

A própria autarquia ambiental federal manifesta-se nos seguintes termos: “Considerando que não há terra indígena demarcada na área em que se localizará a pequena central hidrelétrica ou por ela diretamente afetada, que os impactos do empreendimento afetarão

¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 390.

² SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 294.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

diretamente apenas o Estado de Mato Grosso e que as falhas apontadas no EIA devem ser corrigidas dentro do processo de licenciamento ambiental em curso junto ao órgão estadual, entendendo que não compete ao IBAMA o licenciamento ambiental da PCH Paranatinga II, mas sim à FEMA”.

Depois da liminar, suspensa com esses fundamentos, não houve qualquer produção de prova, baseando-se a sentença, pois, nos mesmos fatos que serviram de base àquela decisão. São palavras do próprio juiz que “a controvérsia cinge-se, ao menos no que interessa ao processo, a aspectos formais do licenciamento ambiental da PCH Paranatinga II” e que é “desnecessária qualquer dilação probatória”.

Insiste o juiz sentenciante, mesmo não tendo havido instrução probatória, em que a PCH Paranatinga II “terá impacto regional pelas suas dimensões e bens afetados, distribuídos em larga escala entre construção e operação da usina. Ou seja, todo o ecossistema em que está inserido o Rio Culuene e a bacia do Rio Xingu, incluindo as riquezas naturais presentes na fauna, flora, minerais e arqueológicas, sofrerão o impacto da edificação e de sua operação. Isso sem falar nas populações locais, distribuídas entre indígenas e não índios”.

Não há dúvida de que algum impacto a construção da usina causará à bacia do Rio Xingu e a terras indígenas, mas esses impactos são indiretos, não afastando a competência da entidade estadual para o licenciamento. O *impacto regional*, para justificar a competência do IBAMA, deve subsumir-se na especificação do art. 4º da Resolução n. 237/97, ou seja, deve ser *direto*; semelhantemente, justifica-se a competência do IBAMA quando o empreendimento esteja sendo desenvolvido *em terras indígenas*, não o que possa deitar reflexos sobre terras indígenas. O próprio juiz diz que há “prova irrefutável de que o empreendimento questionado nesta lide trará consequências ambientais e sociais para os povos e terras indígenas *que lhe são próximos*” (grifei).

Não foge desse critério a Constituição, no art. 231, § 3º, quando prevê que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais *em terras indígenas* (grifei) só poderão ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

A sentença baseia-se em que estaria “evidente que a construção da PCH Paranatinga II afetará substancialmente a vida dos povos indígenas acima destacados, pouco importando se a obra em si localiza-se ou não no interior das reservas indígenas. O fato é que existirão impactos ambientais de monta nos perímetros das reservas indígenas e, notadamente e especialmente, no Rio Culuene e na Bacia do Rio Xingu, os quais cortam as áreas indígenas. A relevância está no fato de as áreas indígenas serem afetadas ambientalmente pela obra, e não se esta localiza-se no interior daquelas pura e simplesmente”. Mas não é o que está na Resolução do IBAMA e muito menos na lei, cuja constitucionalidade não se discute.

Quanto ao *periculum in mora*, deve ser evidenciado que serve de base à sentença apenas a questão da competência para o licenciamento, não irregularidade no respectivo processo ou errôneas conclusões. O reconhecimento de *periculum in mora* com a continuação da obra dependeria, no mínimo, de prova ou da pressuposição de que, embora competente, a entidade estadual esteja se conduzindo ilegalmente no referido licenciamento. Ocorre que não há elementos que conduzam a afirmar ou pressupor irregularidade do licenciamento estadual, ou pelo menos o juiz não os considerou. Deste modo, o que aflora é o *periculum in mora* da agravante, impedida, sem motivo justificável, de continuar a obra, com inegáveis prejuízos.

A doutrina, particularmente a doutrina do direito administrativo, vem superando as chamadas *dicotomias*, entre as quais a dicotomia *interesse social ou público* e *interesse individual ou privado*. É interesse da sociedade, portanto, interesse público, a preservação do legítimo interesse individual ou privado, com o que este, de certa forma, converte-se em interesse público (não confundir com o movimento inverso, que consiste na privatização do interesse público). Daí – e com maior razão –, rejeitar-se a argumentação do autor quando sustenta que, na ponderação de interesses, o interesse privado da empresa (interesse concreto, palpável) deve subordinar-se ao (hipotético, indireto e remoto) interesse ambiental, cultural e arqueológico.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

Estão presentes, pois, os requisitos que autorizam conferir efeito suspensivo a recurso de decisão proferida em ação civil pública, na forma do art. 14 da Lei n. 7.347/85.

Ressalte-se, finalmente, que o Ministério Público Federal conclui em seu memorial distribuído aos membros da Turma “tudo recomendar que a obra somente venha a ser retomada após pronunciamento definitivo deste E. Tribunal”. Salvo a hipótese, mais provável, de ter sido esquecida a condicionante “se for o caso”, o que se pretende é uma simples e irracional moratória na conclusão da obra, admitindo-se sua retomada após o pronunciamento definitivo desta Corte.

Dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Recebi, no presente caso, memoriais da empresa e do Ministério Público Federal. Observei que, em seu memorial, o Ministério Público Federal se limita a desenvolver argumentos de ordem formal quanto aos efeitos do recurso de apelação interposto de sentença proferida em ação civil pública. O douto MPF menciona apenas no parágrafo final do seu memorial que: "Requer-se o improvimento do presente agravo de instrumento, mormente ante à consideração do grandioso dano ambiental que poderá advir da continuidade das obras da Hidroelétrica Paratininga II, bem como invocando os relevantes interesses de populações indígenas envolvidas, tudo a recomendar que a obra somente venha a ser retomada após pronunciamento definitivo deste Tribunal."

Por sua vez, a empresa-ré, ora agravante, em seu memorial, tece considerações de ordem fática e técnica, pois juntou memorando do Ministério da Justiça com pequeno mapa, vários documentos e cópia do Parecer 16/2005 do IBAMA.

Segundo parecer do Procurador do IBAMA, Gustavo Henrique Silva Peres, existe manifestação técnica do órgão de proteção ambiental quanto aos impactos da usina no presente caso. Dos fatos relevantes e pertinentes à lide, anoto o seguinte do parecer, baseado nas notas técnicas:

- ❖ a pequena central hidroelétrica se localiza no Rio Culuene, rio estadual e a mais de 90 quilômetros do Rio Xingu;
- ❖ as áreas indígenas mais próximas são a terra indígena Parabubure, a 28 quilômetros de distância, em linha reta, do empreendimento, e o Parque Nacional do Xingu, a 93 quilômetros, em linha reta;
- ❖ não há qualquer terra indígena demarcada na área diretamente afetada ou de influência direta do empreendimento;

d) não há significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional.

Ouvi atentamente o voto do eminente Relator e observei que o MM. juízo *a quo* considerou desnecessária a produção de prova pericial para o efeito de se apurar eventual impacto nacional na área, ou impacto direto nas áreas indígenas próximas. Assim, à minguada de elementos probatórios outros, nesta instância, valho-me da cópia do parecer técnico do IBAMA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

A competência do IBAMA para licenciamento está prevista na lei ambiental geral, Lei 9.381/91, art. 10, *caput* e § 4º, e também a previsão na Resolução Conama 237. As normas da legislação de regência são específicas e prevêem a intervenção do IBAMA no licenciamento quando a obra ocorrer em terra indígena, afetar dois ou mais Estados ou houver impacto regional ou internacional.

Pelo que se extrai dos documentos que vieram acompanhando o memorial da agravante, a pequena usina em questão não está em terra indígena, não ocupa dois ou mais Estados e não há impacto regional, nacional ou internacional. Dessa sorte, recai o licenciamento sob a competência do órgão ambiental estadual. É essa a conclusão que se extrai da literalidade das normas e do art. 231 da Constituição Federal. Poder-se-ia argumentar, como fez o MM. juízo *a quo*, na respeitável sentença, que haverá impactos indiretos nas reservas indígenas, e isso tem que ser considerado. Esta é uma tese a ser debatida, mas, o que se extrai, contudo, da interpretação da legislação e da aplicação do princípio da legalidade é que, segundo o art. 10 da Lei 9.838/81 e resoluções do Conama sobre o tema, o critério para definição do órgão competente para a realização do licenciamento ambiental deve ser baseado no alcance dos impactos ambientais da atividade ou do empreendimento, nas palavras da própria Resolução Conama 237/97.

Não podendo se afastar dos critérios legais e instituir outros, à revelia da lei, criando situação de insegurança jurídica, devo acompanhar o eminente Relator. Sem adentrar propriamente no exame da apelação, que não está submetida a julgamento, quero apenas manifestar que causa espécie que, em questão tão técnica, tenha o MM. juízo sentenciante desconsiderado a possibilidade de fazer prova pericial para que os fatos controvertidos ficassem demonstrados acima de qualquer dúvida razoável. Em matéria que se exige conhecimento técnico, antropológico, de engenharia florestal, etc, não pode o juízo dispensar os esclarecimentos dos especialistas nessas matérias.

Assim sendo, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao agravo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.020856-8/MT

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1a. REGIÃO

SECRETARIA JUDICIÁRIA

SECRETARIA JUDICIÁRIA

49ª Sessão Ordinária do(a) QUINTA TURMA

Pauta de: 20/09/2006 Julgado em : 20/09/2006 AG 2006.01.00.020856-8 / MT

Relator: Exmo. Sr. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA

Revisor: Exmo (a). Sr(a).

Presidente da Sessão: Exmo(a). Sr(a). DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

Proc. Reg. da República: Exmo(a). Sr(a).Dr(a). LUIS WANDERLEY GAZOTO

Secretário(a): CLÉA BORBA BRASIL

AGRTE :PARATININGA ENERGIA S/A

ADV :LUIZ ANTONIO BETTIOL E OUTROS(AS)

AGRDO :MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

PROCUR :MARIO LUCIO DE AVELAR

Nº de Origem: 2005.36.00.000267-2 Vara: 1

Justiça de Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Estado/Com.: MT

Sustentação Oral

Certidão

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

A Turma, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA e DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS.

Brasília, 20 de setembro de 2006.

CLÉA BORBA BRASIL
Secretário(a)