



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA NA 1ª REGIÃO**

---

**Parecer n.** 78982/2021-RPQ/PRR1/MPF  
**SLS n.** 1024049-88.2021.4.01.0000  
**Requerente:** Norte Energia S/A  
**Requerido:** Juízo Federal e Criminal da Subseção Judiciária de Altamira/PA  
**Relator:** Desembargador Federal Presidente

**Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Presidente**

O **Ministério Público Federal**, pelo Procurador Regional da República signatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 1.021 do Código de Processo Civil, e art. 12, §1º, da Lei 7.347/85, interpor

**AGRAVO INTERNO**

em face da decisão que deferiu o pedido de suspensão de liminar formulado pela Norte Energia S/A de modo que requer seu regular processamento até final provimento.

**I - DA SÍNTESE DA DEMANDA**

Trata-se de suspensão de liminar formulado pela Norte Energia S/A em face de decisão proferida pelo Juízo Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Altamira/PA que, em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, deferiu o pedido de tutela provisória de urgência, para determinar à Norte Energia S/A, à

União Federal e ao IBAMA, que aplicassem “no Trecho de Vazão Reduzida, durante o ano de 2021, um regime de vazão equivalente, no mínimo, ao previsto no Hidrograma Provisório definido no Parecer Técnico nº 133/2019/IBAMA/COHID, enquanto não estabelecidas as vazões seguras a serem praticadas na Volta Grande do Xingu, devendo ser cumprida a obrigação no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). “

A ação foi originariamente proposta pelo Ministério Público Federal objetivando o reconhecimento de “situação de ilegalidade que se consolidou mediante a operação da UHE Belo Monte sem a existência de um mecanismo de mitigação apto a garantir a partilha equilibrada das águas do rio Xingu”.

A causa de pedir foi assim descrita na decisão impugnada: “Narra a inicial [...], em apertada síntese, que: i) a autorização do desvio do fluxo de águas do Rio Xingu para geração de energia pela usina foi condicionada à preservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos; ii) para atender a essa finalidade, foi estipulado no EIA o denominado “Hidrograma de Consenso”, que seria o principal instrumento de mitigação dos impactos oriundos da UHE Belo Monte, cuja função seria efetuar o controle de vazões por meio da alternância dos dois ciclos hidrológicos controlados pela Concessionária (ciclo/hidrograma A, com liberação de 4mil m<sup>3</sup>/s para a Volta Grande do Xingu no mês de maio cheia; ciclo/hidrograma B, com a liberação mensal máxima de 8mil m<sup>3</sup>/s), permitindo a recuperação dos ecossistemas afetados; iii) não houve participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais na escolha das vazões do Hidrograma, tampouco debate acerca dos indicadores socioambientais a serem observados na implementação da medida mitigatória; iv) as comunidades não foram informadas sobre os impactos associados; v) análise técnica do IBAMA, em 2009, não aprovou

o Hidrograma de Consenso, requisitando do empreendedor a complementação dos estudos técnicos; vi) mesmo assim, o processo de licenciamento seguiu sem novos dados e a viabilidade do Hidrograma seria aferida na fase de operação da usina, quando a alternância dos fluxos seria submetida a testes e monitoramento; vii) contudo, logo na fase inicial da operação da UHE Belo Monte foram constatados impactos de magnitude não esperada, colocando em xeque os prognósticos concebidos no EIA e a ferramenta “Hidrograma de Consenso”; viii) diante do desequilíbrio em cascata gerado pelo desvio do fluxo hídrico, o Hidrograma pode não apenas ser ineficaz, mas ele próprio funcionar como um impacto não previsto; ix) em razão desse risco, equipe técnica do IBAMA, em 2019, asseverou a necessidade de revisão do mecanismo, entendendo na ocasião ser impraticável o Hidrograma A, determinando a realização de estudos complementares para definir um fluxo sustentável de vazões na Volta Grande do Xingu, e formulou um “hidrograma provisório”, o qual vigorou a partir de abril de 2020, manteve-se no início das chuvas, em novembro e dezembro de 2020, e foi estendida para janeiro de 2021; x) em 14/12/2020 a Norte Energia apresentou um relatório tratando de dois dos três eixos dos Estudos Complementares; xi) em 22/01/2021 a empresa apresentou novo documento ao IBAMA solicitando a aplicação do Hidrograma B no ano de 2021, aliada a um pacote de medidas como contrapartidas; xii) mesmo sem novos subsídios técnicos a apontar a viabilidade do Hidrograma de Consenso, em 08/02/2021 o Presidente do IBAMA autorizou sua operação pela empreendedora.”

Nas razões do pedido de suspensão da liminar, a Norte Energia S/A assentou que: i) diante da grave crise hídrica atual e escassez de recursos energéticos, o Sistema Interligado Nacional não terá capacidade de repor a elevada perda energética de cerca de 2GW médios

adicionais que a UHE Belo Monte é capaz de entregar ao sistema ao operar no hidrograma de consenso; (ii) em cenário de escassez hídrica e baixo nível dos reservatórios das hidrelétricas, a UHE Belo Monte tem papel essencial na exportação de energia do Norte para as demais regiões do país, além de permitir que água seja poupada nas regiões mais afetadas; (iii) o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE destacou a necessidade de “garantir a máxima disponibilidade de recursos energéticos para o SIN em 2021”, inclusive mediante “flexibilização de restrições hidráulicas” – exatamente o oposto do que promove a decisão atacada; (iv) o risco de desabastecimento energético gera grave lesão a todos os bens jurídicos tutelados pelas Leis n. 7.347 e 8.437: a ordem, saúde, segurança e economia públicas, a exemplo do triste episódio de apagão recentemente vivido no Estado do Amapá, no qual todos os serviços públicos essenciais foram interrompidos ou prejudicados; (v) recentemente, a indisponibilidade temporária de apenas 7 motores da UHE Belo Monte (capacidade menor que a ora reduzida pela decisão atacada), forçada por razões externas, resultou em apagão em diversas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; (vi) o E. STJ já reconheceu, na SLS n. 1.920/MT, grave lesão em decisão que atrasava a entrada em operação comercial da UHE Sinop, cuja geração é 8 vezes menor que a perda causada pela decisão ora atacada; (vii) a energia limpa e renovável que seria produzida pela UHE Belo Monte será (na medida da disponibilidade) substituída por termelétricas que emitiriam 4,6 MILHÕES de toneladas de CO2 (gás de efeito estufa) por ano (!); (viii) o não cumprimento das metas de redução de gases estufa, assumidas pelo Brasil no Acordo de Paris, causa sérios danos à economia, a exemplo do embargo da entrada do país na OCDE; (ix) a frustração da geração da UHE Belo Monte em 40% causa dano anual estimado em R\$ 3 bilhões ao sistema elétrico do país, dos quais cerca de

50% são repassados aos consumidores, que terão de pagar por energia mais cara; (x) em cenário de aumento das despesas com combate à pandemia de COVID-19, o Estado do Pará e os Municípios terão queda de 33% na arrecadação da Compensação Financeira por Uso dos Recursos Hídricos – CFURH, paga pela UHE Belo Monte, ao custo de R\$ 73 milhões ao ano; (xi) a decisão atacada também causa grave lesão à ordem pública ao subverter as funções dos Poderes Executivo e Judiciário, pois impede o IBAMA de desempenhar suas atribuições legais, esvaziando e substituindo a análise técnica empreendida pelo órgão administrativo em matéria ambiental; (xii) a decisão estabelece até mesmo como o IBAMA deve avaliar os estudos a serem apresentados (!) – o que causa risco à ordem administrativa e demonstra a clara intenção do i. juízo a quo de assumir a condução do (re)licenciamento ambiental da UHE Belo Monte; e (xiii) causa ainda grave lesão à ordem e à segurança jurídicas, ao quebrar a garantia de que o hidrograma de consenso não seria alterado antes de seis anos de avaliação, o que aumenta percepção de risco por investidores.

O pedido foi deferido, para determinar a suspensão dos efeitos da decisão impugnada. Não obstante, *data venia*, a decisão em apreço merece reparos, consoante argumentação que será aduzida adiante.

## **II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **I**

**Da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Prevalência dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal.**  
**Ausência de violação da Separação dos Poderes.**

A Constituição da República Federativa do Brasil contemplou uma miríade de direitos fundamentais e sociais e, para que tais direitos se realizem, é preciso dotar o Poder Público de instrumentos para implementá-los. Não obstante, diante de sua omissão, é igualmente conferida a autoridade de compeli-lo a atuar.

Nesse sentido, foi estabelecido no texto constitucional, como uma garantia para a realização dessas prestações, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, que encontra expressa previsão no art. 5º, inciso XXXV, onde estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal norma contempla, em uma única oportunidade, o direito fundamental à efetividade ad tutela jurisdicional e o princípio jurídico da inafastabilidade do controle jurisdicional ou acesso à Justiça.

Em abordagem que trata de forma simultânea da garantia constitucional do acesso à Justiça e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, Wambier (2007) assim leciona:

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional [garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição] é o direito a uma prestação efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

[...]

Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais [i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos] devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

Portanto, para que a tutela jurisdicional seja efetiva, é necessário que o pronunciamento do Poder Judiciário seja útil e que

possa produzir efeitos concretos no plano prático. No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 95) assim informam:

A tutela jurisdicional tem que ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do Direito fica obviamente combatida quanto esse carece de atualidade. Não por acaso a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece. A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica – ou tutela pelo resultado prático equivalente – em detrimento da tutela pelo equivalente monetário.

Percebe-se, assim, que o direito de acesso à Justiça tem como corolário a garantia de realização concreta dos direitos que sejam preordenados, por meio de procedimentos realmente capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva.

No esforço de assegurar concretude ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o legislador ordinário construiu todo um arcabouço normativo-processual, por meio da legislação infraconstitucional, e o dotou de instrumentos jurídicos colocados à disposição do jurisdicionado, que deles pode lançar mão para a concretização de seu direito material reconhecido em Juízo.

O que se pretende com a presente ação é o cumprimento do comando constitucional – proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como dos direitos fundamentais à vida, saúde e cultura das populações tradicionais da Volta Grande do Xingu - de intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo da Constituição da República de 1988. Para tanto, o legislador infraconstitucional indicou o caminho a ser percorrido, o qual, todavia, vem sendo solenemente ignorado pela União.

Nesse espírito, a jurisprudência pátria é pacífica quando se refere à possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, notadamente para tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos, sobretudo quando o Poder Público encontra-se inerte diante de um direito vinculado ao mínimo existencial.

Ora, a interferência do Judiciário na garantia desses direitos não configura indevida ingerência desse poder em aspecto discricionário, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor.

O respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. **Só há discricionariedade quando de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender ao escopo legal.**

O agente político pode definir a melhor forma de executar a lei, **mas não pode deixar de cumpri-la**, sob qualquer pretexto. **A lei constitui limite ao exercício do poder discricionário.** Se desobedecer aos ditames legais, a conduta fica sujeita ao controle judicial.

Em outras palavras, o respeito ao princípio da conveniência e oportunidade da Administração Pública não pode merecer o conceito tão amplo que permita ao governante decidir se cumpre a lei. Tampouco pode o Administrador opor a morosidade e burocracia da Administração ao cumprimento dos seus deveres.

A dignidade da pessoa humana e o conjunto de direitos fundamentais está tipificada dentre os fundamentos e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não devendo, por isso, ser tratada como um simples dever-ser sem qualquer eficácia imediata.

Não se verifica, portanto, na espécie, qualquer ofensa aos princípios da separação dos poderes, muito menos uma suposta indevida intervenção do Judiciário no juízo de conveniência e



oportunidade da Administração. O Judiciário pode e deve garantir a observância dos direitos fundamentais em questão, com vistas a conferir efetividade ao comando constitucional que assegura o direito à vida, à integridade física, à saúde, à cultura, à proteção do meio ambiente e dos direitos e costumes das populações tradicionais.

Nessa linha de intelecção, oportuno mencionar a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SAÚDE INDÍGENA. LEI 8.080/90. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEIDDO. PRELIMINAR AFASTADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA, SAÚDE, SERVIÇOS PÚBLICOS. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO NA APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva demora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas.

2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar em violação do princípio da separação dos poderes.

3. A etnia Maxacali tem direito de acesso ao subsistema especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90.

4. Apelação desprovida.

(AC 0003587-38.2005.4.3800/MG, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Quinta Turma, e-DJF1 de 004/02/2011)

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS. PROVA DOCUMENTAL. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF E ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, RESERVA DO POSSÍVEL E ISONOMIA. NÃO VIOLAÇÃO. 1. "Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União e pelo Estado de Minas Gerais rejeitada" (AC 0006576-

66.2009.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.1377 de 18/01/2013).

2. Quanto à legitimidade ativa do Ministério Público Federal, cabe frisar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que atuando em questões que envolvam a saúde dos cidadãos, é possível ao Ministério Público Federal formular requerimento de cunho aparentemente individual, eis que o que se defende em tais hipóteses, é o direito fundamental à saúde e à vida (AgRg na MC 14.096/PR).

3. "A ação civil pública é o meio adequado para que o Ministério Público Federal promova a proteção de direitos individuais indisponíveis, como, no caso, em que se busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico (CF, art. 127, caput)". Precedente.

4. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o status de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).

5. Inadmissível condicionar a fruição de direito fundamental e inadiável à discussão acerca da parcela de responsabilidade de cada ente da Federação em arcar com os custos de medicamento/tratamento médico cujo fornecimento foi determinado por meio de decisão judicial, não podendo a divisão de atribuições ser argüida em desfavor do cidadão, questão que deve ser resolvida em âmbito administrativo ou por meio das vias judiciais próprias.

6. "Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais". Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

7. A cláusula da reserva do possível "(...) não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". Precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal na APDF Nº 45, da qual foi relator o eminente Ministro Celso de Mello.

8. O Poder Judiciário não pode se furtar a garantir direito fundamental a cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde, não havendo que se falar em violação ao princípio da isonomia, nas hipóteses em que comprovado o agravamento do quadro clínico daquele que busca o provimento jurisdicional.

9. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento. (AC 0004511-

72.2011.4.01.3304 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.1600 de 12/02/2016)

Portanto, não configura indevida ingerência do Judiciário, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor conforme o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

## II

### **Da proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e das comunidades tradicionais. Proteção ao patrimônio público, em suas diversas formas de expressão.**

A Constituição Federal, reconhecendo a necessidade de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabeleceu capítulo próprio em seu texto com a finalidade de impor regras que assegurem o reconhecimento de sua importância e necessidade para a qualidade de vida de toda sociedade e das futuras gerações.

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 Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

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;

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;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Assim, na busca pela proteção do meio ambiente, cujo interesse é desta e das futuras gerações, a manutenção do provimento liminar deferido em primeiro grau é medida que se mostra necessária, sob pena de acarretar grave dano ambiental e sociológico.

Dentre os princípios que regem a atuação do Poder Público e da sociedade em relação ao meio ambiente, imperioso destacar tanto o da precaução quanto o da prevenção. Ao lecionar acerca do tema, Celso Antônio Pacheco Fiorillo assim dispõe:

Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdade de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu *objetivo fundamental*.

Vale observar que desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, o princípio da prevenção tem sido objeto de profundo apreço, içado à categoria de mega princípio do direito ambiental. Na ECO-92, encontramos-lo presente:

**Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992):**

**“Para proteger o meio ambiente de medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.”**

A nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no caput do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.<sup>1</sup>”

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, concebe o princípio da precaução como um critério de gestão de riscos e pontua que inexistente “vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução”:

**O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela administração pública. (g.n) (STF, Recurso Extraordinário nº. 627189, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08.6.2016, DJe 03.4.2017).**

---

<sup>1</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro* – 14 ed. - São Paulo: Saraiva, 2013, p.120.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça destaca que o princípio da prevenção deve orientar a interpretação das leis ambientais e administrativas, impondo a “adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível, o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente”:

**I. Os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no artigo 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis, tanto no direito ambiental, no que tange à matéria administrativa, quanto no direito penal, porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem, ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente.** (g.n) (STJ, AgRg no REsp 1418795/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 07/08/2014).

Esse eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região também, em diversas ocasiões, já assentou entendimento acerca da necessidade de observância de tais postulados, sempre voltados à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO ANULATÓRIA. AMAZÔNIA LEGAL. COMPANHIA DE SANEAMENTO DE TOCANTINS (SANEATINS). LANÇAMENTO DE EFLUENTES SEM O DEVIDO TRATAMENTO. POLUIÇÃO AMBIENTAL DO CÓRREGO PRATA. DANOS À SAÚDE HUMANA, MORTANDADE DE ANIMAIS E DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA BIODIVERSIDADE. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO COM ÓRGÃO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. MULTA ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. [...]

V Em se tratando de defesa de meio ambiente, como direito humano e fundamental intergeracional das presentes e futuras gerações (CF, art. 225), a não se submeter às barreiras do tempo, não há que se cogitar de prazo prescricional nas ações administrativas, reparatórias e/ou criminais, por parte do Poder Público, como na espécie do autos. Nessa inteligência, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu acerca da imprescritibilidade da recomposição dos danos ambientais, na dicção de que A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à

recomposição dos danos ambientais. (RE 654833, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020)

**VI - Ademais, "na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a**

**decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prevenir que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV)" (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.172 de 12/06/2012).**

VII Remessa oficial e Apelação do IBAMA providas para reformar a sentença monocrática e julgar improcedente o pedido inicial. Condenou-se a autora ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 8% (oito por cento) sobre o valor atualizado da causa (R\$ 1.162.665,41), elevados em 1% (um por cento), a título de honorários recursais, nos termos do art. 85, §3º, II c/c §11, do CPC.

(AC 1000096-67.2019.4.01.4300, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 09/04/2021 PAG.) grifou-se.

Do mesmo modo, a Constituição conferiu capítulo próprio à proteção das comunidades indígenas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo ainda à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da



soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Protegeu, também, o patrimônio cultural brasileiro, constituído como o conjunto dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Os direitos em debate - relativos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos e garantias fundamentais das comunidades tradicionais, além de encontrar proteção especial na Constituição Federal, revelam-se também como interesse de toda a coletividade, interessados na preservação do patrimônio nacional.

Merece ainda destaque que nessa luta entre desenvolvimento e preservação, seguramente, a maior efetividade às normas constitucionais é conferida quando preservados os interesses da população hipervulnerável – que não têm voz para se manifestar sozinhos.

### III

#### **Quadro fático da ilegalidade perpetrada pela União Federal, pelo IBAMA e pela Norte Energia S/A.**

**Determinação de implementação do Hidrograma de Consenso, mesmo após reiteradas manifestações do órgão técnico acerca de sua inviabilidade e necessidade de estudos complementares.**

#### **Postura contraditória do órgão licenciador.**

*In casu*, objetivou-se a concessão de provimento liminar com o objetivo de sustar a atuação ilegal da União Federal, do IBAMA e da Norte Energia S/A, impondo-se a utilização, no ano de 2021, do “Hidrograma Provisório” definido no Parecer Técnico 133/2019/IBAMA/COHID, bem como a apresentação de cronograma detalhado para a realização de todas as etapas dos Estudos Complementares, com a finalidade de garantir o adequado andamento do licenciamento ambiental.

A autorização do desvio do fluxo do rio Xingu para a geração de energia foi condicionada à preservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, que seria assegurada por um controle artificial de vazões ao qual caberia garantir a preservação dos ecossistemas, dos modos de vida e da navegação na Volta Grande do Xingu. Pactuou-se a reprodução artificial de um complexo ciclo hidrológico do qual

dependem ecossistemas, os modos de vida e a navegação das populações tradicionais da região, em um trecho de 100km em que o rio teve sua vazão reduzida.

Quanto de água poderá ser desviada pelos canais de concreto rumo à casa de força principal da usina? E quanto de água deve seguir para a Volta Grande do Xingu para banhar pedrais, igapós, cachoeiras e todos os ambientes necessários aos processos e serviços ecossistêmicos?

A previsão contida no Estudo de Impacto Ambiental (EIA), para conciliação desse conflito em torno do uso dos recursos hídricos, foi denominado como **“Hidrograma de Consenso”** que, **embora transmita a ideia de um acordo entre os atores que disputam os recursos do rio Xingu, consiste em definição criada pelo empreendedor com o governo, exclusivamente a partir de critérios energéticos.**

**As comunidades tradicionais não participaram da escolha das vazões** (A ou B) do Hidrograma de Consenso, bem como não tiveram a oportunidade de debater quais indicadores socioambientais deveriam ser resguardados por essa medida mitigatória e nem mesmo foram adequadamente informados sobre os impactos associados.

O referido “Hidrograma de Consenso” tinha como missão assegurar a quantidade de água e o tempo necessário para disparar processos reprodutivos e garantir a navegação, assegurando um pulso de inundação para o Trecho de Vazão Reduzida. Tratava-se da principal medida mitigatória da UHE Belo Monte, destinado a minimizar os 25 impactos prognosticados pelo desvio hídrico.

A análise técnica do IBAMA, em 2009, diante de tal cenário, não aprovou o Hidrograma de Consenso, uma vez que as informações contidas no EIA eram insuficientes para assegurar que estaria garantida a manutenção de condições mínimas de reprodução e alimentação da

ictiofauna, quelônios e aves aquáticas. E que não estava demonstrado que o sistema suportaria esse nível de estresse a médio e longo prazos. o IBAMA solicitou, à época, a complementação de estudos sobre a capacidade de suporte do rio Xingu.

Tais estudos não foram apresentados. Em 2010, inclusive, postergou-se a análise da suficiência das vazões do Hidrograma de Consenso para o período de operação da usina, em clara violação aos princípios precaucionários, bem como exposição a risco não admitido ao ambiente que será impactado.

Como podia ser previsto, com o início da operação da UHE em 2015, a implementação do “Hidrograma de Consenso” trouxe graves consequências ao equilíbrio socioambiental da região, revelando sua completa inviabilidade. O diagnóstico das transformações em curso na Volta Grande do Xingu demonstrou que vazões superiores às previstas para o Hidrograma B (concebido com a missão de recuperar o ambiente) não foram capazes de promover o alagamento de florestas aluviais e pedrais, importantes locais de alimentação, desova, reprodução de espécies e berçários, gerando graves desequilíbrios em cascata na Volta Grande do Xingu.

A insuficiência do EIA no prognóstico dos impactos decorrentes do desvio do curso do rio Xingu e os riscos de irreversibilidade já estão amplamente documentados no processo de licenciamento, com reiteradas manifestações inequívocas por parte do IBAMA:

“As vazões praticadas não chegaram ao piso do hidrograma mais conservador (B), no entanto, já há a ocorrência de impactos de magnitude superiores às previstas no TVR”. (IBAMA - Parecer Técnico 133/2019/IBAMA/DILIC - Doc.02)

Não havia previsão de que com o empreendimento operando com o Hidrograma B parcial ocorreriam impactos dessa magnitude. (IBAMA - Parecer Técnico 133/2019/IBAMA/DILIC - Doc.02)

“Ressalta-se a relevância destes impactos já nesta fase do empreendimento, conhecida na literatura como fase inicial ou de transição, ainda sem funcionamento total da usina, e sem os impactos do hidrograma previsto na LO. Recomenda-se a verificação da capacidade de suporte da ictiofauna, e analisá-la, para a alteração ainda maior”. (g.n)(IBAMA - Parecer Técnico 109/2019/IBAMA, p.216 - Doc.41)

“Discorda-se da afirmação da empresa acerca das mudanças já serem previstas, uma vez que o EIA apresentou prognóstico considerando "hidrograma mínimo" e a "mitigação" da alternância do hidrograma A e B. Sendo o atualmente praticado o B, ainda distante do seu mínimo. Não foram identificados documentos com previsão de que com o empreendimento operando com o hidrograma B parcial ocorreriam impactos desta magnitude”. (IBAMA - Parecer Técnico 122/2019/IBAMA, p.20 - Doc.42)

“Entende-se como relevante explicar a magnitude, forma como foram previstas e em que situações (qual hidrograma). Desta forma, a partir da avaliação da empresa, observa-se o fato de alterações e impactos previstos no EIA com a alternância entre Hidrograma A e B, já estarem ocorrendo mesmo com a implantação parcial do Hidrograma B” (IBAMA - Parecer Técnico nº 122/2019/IBAMA, p.19 - Doc.42).

A equipe pericial do Ministério Público Federal promoveu estudo técnico detalhado e consolidou as informações obtidas nos monitoramentos em curso na Volta Grande do Xingu após a Licença de Operação, comparativamente aos prognósticos do EIA, considerando a previsão do Hidrograma de Consenso como principal medida mitigatória da UHE Belo Monte. As conclusões são inequívocas: transformações antecederam os prognósticos e ocorrem em magnitude e velocidade não esperados.

Os monitoramentos realizados no âmbito do Plano Básico Ambiental – PBA, os relatórios técnicos produzidos pelo IBAMA, os monitoramentos independentes e as publicações científicas estão mostrando que os impactos se anteciparam para a fase de transição da usina, sendo extremamente preocupante que os mesmos se tornem irreversíveis durante a fase de operação plena da usina (MPF – Laudo Pericial.2021, p. 49).

Ao analisarmos os resultados dos monitoramentos de ictiofauna e pesca, não resta dúvidas que a magnitude, duração, fase de ocorrência e reversibilidade dos impactos da UHE Belo Monte estão em desconformidade ao que foi diagnosticado no EIA. Identificamos uma ocorrência de alterações extremamente intensas e abrangentes antes da fase de operação plena da usina.

Tais evidências também foram constatadas pelo órgão licenciador ao analisar os últimos relatórios consolidados protocolados pela empresa Norte Energia (MPF – Laudo Pericial/2021, p. 55).

A principal medida mitigatória da UHE Belo Monte, portanto, mais do que não operar, opera no sentido oposto para o qual foi prevista. Pois se redefine como um novo impacto não prognosticado, a partir do qual se tornariam drásticos e imitigáveis todos os demais impactos.

Desse modo, o IBAMA afirmou, desde então, a necessidade de revisão precoce do mérito do Hidrograma de Consenso, determinando a realização de Estudos Complementares para definição de um regime sustentável de vazões a ser aplicado na Volta Grande do Xingu.

**Em novembro de 2019, a equipe técnica do IBAMA, no Parecer nº 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC**, analisando os dados do monitoramento em curso, alertou que a sobrevivência e a manutenção de todo o ecossistema da Volta Grande e dos modos de vida das comunidades não podem ser objeto de testes, quando são contundentes e claras as evidências de impactos graves e irreversíveis já em curso, mesmo com vazões bem superiores às do hidrograma proposto. O IBAMA concluiu que a aplicação do Hidrograma A é impraticável. E, quanto ao Hidrograma B, a equipe destacou que os dados presentes no licenciamento são insuficientes para garantir que não haverá piora drástica nas condições ambientais e de modo de vida na Volta Grande do Xingu no caso de sua implementação.

Foi, ainda, detectada ausência de dados de suma importância para realização de modelagem matemática do TVR (Trecho de Vazão Reduzida), impedindo uma avaliação mais precisa das condições hidrodinâmicas assumidas no TVR e, conseqüentemente, para proposição de um hidrograma alternativo, que seja seguro ou menos impactante. É fato que o HC (Hidrograma de Consenso) proposto (em especial o Hidrograma A) é impraticável. Contudo, ainda não há elementos para se determinar um nível mínimo de vazão afluente ao TVR entre tantas vazões de referência citadas nos documentos

técnicos, que garanta impacto mínimo e aceitável aos biomas e ao modo de vida da população residente no trecho.

Uma vez alterada a direção do fluxo e velocidade de escoamento a jusante, pergunta-se se uma vazão acima dos 13.000 m<sup>3</sup>/s hoje seria suficiente para alagar ilhas e pedrais, além de atrair a biota. É uma resposta ainda não possível de ser dada, restando ao Ibama aguardar a aquisição de dados pela NESAs para um posicionamento mais adequado e definitivo.

Cabe destacar que nos documentos consultados, em relação ao volume mínimo necessário para que haja a inundação das florestas aluviais e das formações pioneiras, os valores variam desde 8.000 a 15.000 m<sup>3</sup>/s. Já o período mínimo necessário para que haja os processos ecológicos na fauna e flora nesses ambientes, variaram de 1 a 5 meses. Tais informações são essenciais para a determinação do hidrograma mínimo necessário para que os processos ecológicos da fauna e flora sejam mantidos no TVR, o que ainda não foram determinados.

A princípio, visto a inexistência de dados que possibilitem respostas seguras, essa equipe técnica recomenda à NESAs abdicar ao HC A e B, mantendo a média mensal das vazões praticadas dos últimos 4 anos pós emissão da LO nº 1317/2011, conforme apresentado na Figura 03 deste parecer.

Assim, com base no princípio da precaução, vedou a utilização do Hidrograma de Consenso, e determinou a realização de estudos complementares. Ademais, por inexistirem dados que atestem que a aplicação do Hidrograma B não tornará drásticos e irreversíveis os impactos já em curso, até que os estudos complementares fossem efetivamente apresentados e analisados pelo órgão ambiental, o IBAMA determinou a aplicação de um Hidrograma Provisório, que vigorou a partir de abril de 2020.

Com isso, buscou-se evitar a imposição de um rigor hídrico mais severo à Volta Grande do Xingu, com o conseqüente agravamento dos impactos identificados. Garantia-se as condições de reversibilidade dos impactos em curso, até que as informações requisitadas do empreendedor fossem apresentadas e analisadas, para definição de um hidrograma seguro, tanto com relação às vazões afluentes, como com relação à suficiência de eventuais medidas mitigatórias adicionais.

A concessionária Norte Energia tentou reverter a decisão do IBAMA, recorrendo administrativamente e também ao Poder Judiciário, sob a alegação de um suposto direito adquirido à aplicação do Hidrograma de Consenso. Nas razões de indeferimento, à época, o IBAMA explicou que a situação da Volta Grande do Xingu teria demandado intervenções urgentes, com vistas à mitigação dos impactos, havendo no caso um *periculum in mora reversum*, pois, em se mantendo o Hidrograma de Consenso, o impacto ambiental esperado seria a perda da manutenção da biodiversidade do Trecho de Vazão Reduzida.

E ressaltou que esse hidrograma definido com base nas vazões médias mensais aplicadas entre 2016 (início do enchimento) e 2018 vigoraria até que as informações e estudos solicitados à NESA fossem apresentados ao IBAMA.

**Esse eg Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AI 1032546-28.2020.4.01.0000) também referendou a validade da imposição do Hidrograma Provisório, ressaltando que à empresa não lhe é dado eximir-se do ônus de provar o quanto de água está autorizada a desviar do rio Xingu. E que, como poluidor, deve demonstrar que as consequências de sua atividade não extrapolam as previsões contidas no EIA.**

Os dados apontados pelo órgão ambiental são no sentido de que há uma piora nas condições ambientais da área, situação que leva à possibilidade de alteração das condicionantes constantes da Licença de Operação.

Assim, **tem-se que, no caso dos autos, devem ser aplicados os princípios da prevenção, da precaução e da inversão do ônus da prova, como elementos fundantes destas razões de decidir.[...]**

**O princípio da precaução tem também uma outra consequência, qual seja, implicar na inversão do ônus da prova, impondo ao empreendedor o dever de provar que a sua atividade questionada não causa ou não está causando danos ao meio ambiente, ou, no caso dos autos, de que as consequências aferidas com a implementação do empreendimento estão contidas dentro das previsões constantes do Estudo de Impacto Ambiental apresentado. [...]**



Assim, ao fim e ao cabo, a **conclusão que se chega é que o órgão ambiental não ultrapassou quaisquer dos seus limites administrativos no tocante à sua competência para realizar, justificadamente, alterações no hidrograma constante da Licença de Operação do empreendimento em questão, notadamente diante da existência de riscos ao meio ambiente.** Vale dizer, não há, neste momento de cognição sumária, a identificação da prática de qualquer ato que possa ser imputado coator ou violador de direito líquido e certo do impetrante.

Entendo, também, que foi devidamente justificada a alteração do referido hidrograma, diante de fatos e dados, bem como da incidência dos princípios da precaução e da prevenção que implicaram, ao contrário da paralização da atividade, no ajuste de pequeno aumento de vazão para o Trecho de Vazão Reduzida do Rio Xingu, mantendo o funcionamento do empreendimento, repita-se, com pequenos ajustes, durante o período de 3 (três) meses.

**Cabe ainda referir que os Hidrogramas A e/ou B, não constituem direito adquirido pelo empreendedor, uma vez que estes são testes, com duração de 6 anos, para que seja possível aferir as consequências do empreendimento, discussão esta, aliás, que se vincula com a própria natureza jurídica do licenciamento ambiental,** que, no ponto, ostenta similitude com a autorização administrativa, dada a sua possibilidade de mudança, diante das alterações fáticas do meio ambiente e da obrigação constitucional de mantê-lo equilibrado para as presentes e futura gerações (art. 225 da CF/88).

Por fim, tem-se que **eventual restabelecimento administrativo do hidrograma de consenso (Hidrogramas A e B), em detrimento do chamado Hidrograma Alternativo também é possível, diante da incidência do princípio da precaução, bastando que o empreendedor demonstre, dentro da seara da inversão do ônus da prova e após análise percuciente do órgão ambiental, que as consequências de sua atividade não extrapolaram as previsões contidas dentro do Estudo de Impacto Ambiental que apresentou para fins de obtenção do licenciamento ambiental.**

Ante o exposto, não diviso presentes elementos que justifiquem a concessão da tutela de urgência recursal, razão pela qual a indefiro.(g.n)

A determinação do IBAMA de aplicação do Hidrograma Provisório para a UHE perdurou até janeiro de 2021, vigorando durante o período da seca e mantendo-se ainda no início das chuvas, quando o rio começava então a subir de nível.

Nessa época, o IBAMA aguardava a conclusão dos estudos complementares, para analisar a perda da biodiversidade decorrente da

aplicação do Hidrograma B. Esperou, assim, pela remessa das informações solicitadas para que pudesse deliberar sobre um hidrograma seguro que vigorasse em 2021.

A concessionária Norte Energia S/A, porém, negligencia em apresentar os dados solicitados pelo licenciador. Não faz prova das condições para aplicação do Hidrograma B e tampouco demonstra quais as vazões seguras que garantiriam o início do alagamento das áreas essenciais. Por outro lado, insiste em ampliar o desvio do fluxo do rio Xingu pelos canais de concreto.

Ao pretender operar as turbinas da hidrelétrica sem manter o pulso de inundação que sustenta a vida na Volta Grande do Xingu, oferecendo medidas experimentais aleatórias no lugar da água necessária para invadir os pedrais e as planícies aluviais, a empresa concessionária subverte a premissa que sustenta a outorga de seu direito de uso dos recursos hídricos do Xingu.

A autarquia afirmou inúmeras vezes que aguardava a análise dos Estudos Complementares para deliberar sobre as vazões a serem aplicadas em 2021, demonstrando verdadeira cautela na escolha da melhor solução para a demanda.

Em junho de 2019, o IBAMA comunicou a concessionária a necessidade de novas informações. A primeira resposta por parte da NESÁ foi encaminhada ao licenciador, em julho de 2019. O Parecer Técnico 111/2019/DILIC/IBAMA, de outubro de 2019, que analisou o documento concluiu que a informação era “deficiente” e “parcial”, com dados “aleatórios”, “incompletos” e “genéricos”, que impossibilitaram a avaliação pretendida.

Em 14 de dezembro de 2020, com significativo atraso, a Norte Energia apresentou ao IBAMA um relatório, que pretendia responder a dois dos três eixos dos Estudos Complementares. Estando os

documentos sob análise técnica do licenciador, o Hidrograma Provisório foi estendido para o mês de janeiro de 2021, como dito alhures.

Em 22 de janeiro de 2021, após reiteradas reuniões em que se fez acompanhar de representantes do setor elétrico do Governo Federal, a concessionária Norte Energia apresentou ao IBAMA novo documento, por meio do qual solicita a aplicação do Hidrograma B em 2021 e propõe um pacote de medidas como contrapartida aos seus impactos.

No dia 1º de fevereiro de 2021, o IBAMA concluiu a avaliação dos estudos complementares apresentados pela NESÁ em dezembro/2020, por meio do Parecer Técnico 17/2021/COHID/CGTEC/DILIC, que torna evidente a resistência do empreendedor em produzir os dados que deveriam subsidiar a definição de vazões sustentáveis para a operação de sua atividade. De acordo com o parecer, os estudos apresentados carecem de isenção técnica e têm nítido objetivo de referendar as conclusões do EIA, além de omitirem informações primordiais para avaliação de cenários com vazões intermediárias entre o pulso natural do rio e o Hidrograma B. Dados indispensáveis para identificar o ponto de início da inundação das planícies e demais áreas essenciais. O IBAMA alertou novamente quanto aos riscos de operação do Hidrograma de Consenso e recomendou a devolução dos estudos para complementação.

O que se observou de maneira geral foi que o denominado estudo complementar esteve mais amarrado ao processo comparativo entre resultados recentes com aqueles do EIA com fins nítidos de REFERENDAR resultados pretéritos, que buscar independência e isonomia técnica. Se gastou mais tempo em explicar o EIA que gerar uma base de dados mais segura e mais explorada, capaz de eliminar as fragilidades das informações.

O estudo foi originalmente pensado em se avaliar, a luz de novas tecnologias, as características intrínsecas da região da Volta Grande do Xingu sem amarrar a dados pretéritos. Uma avaliação comparativa caberia à equipe do IBAMA em momento oportuno.

Faltou dados de base para teste e comprovação dos resultados, faltou esclarecimentos como fontes, origem de dados, faltou clareza na redação do texto, citações sem resultados e discussões. [...]

A presente análise também discorda da suposta validação do modelo. Inicialmente por não sanar o problema principal que é o domínio da área de inundação no período de cheia. [...]

Outra importante questão levantada era se ao aumentar a vazão do TVR além do HC qual seria o comportamento hidrodinâmico em cenário sob intervenção. NENHUMA simulação com vazões acima dos 8.000m<sup>3</sup>/s foi realizado para o cenário de rio com barramento.

O estudo NÃO está satisfatório e requer complementações de dados e esclarecimentos.

Essa análise não considerou satisfatória as respostas dadas aos questionamentos 1, 2, e 4 do Parecer Técnico 111/2019, principalmente por faltar compatibilidade entre dados apresentados pelo relatório e os observados pelo parecer, e pela falta de independência técnica dos dados.

Também não foi respondido se instituir vazões superiores ao HC sobre a proposta de um hidrograma alternativo, esta seria capaz de estabelecer as condições mais próximas aos naturais garantindo o equilíbrio ambiental necessário [...].

Por fim, verificou-se conclusões com base em especulações sobre garantias de manutenção de ambientes aquáticos sob vazões de hidrograma de teste sem dados de estudos bióticos, que ainda se encontram em andamento.

Deve-se sempre lembrar que os impactos ambientais em curso estão sendo observados sob vazões superiores ao teto do Hidrograma B, indicando que as condições de degradação ambiental podem piorar com a implementação definitiva das vazões alternadas do hidrograma de teste. Por isso e pelas motivações acima, esse parecer não considera adequada a abordagem dada pelo relatório técnico, sugerindo sua DEVOLUÇÃO e readequação.

A conclusão alcançada pelo IBAMA demonstrou que com a aplicação do Hidrograma B, cerca de 70% da floresta aluvial não seria inundada em nenhum momento do ano. Tal fato permite concluir que a sua aplicação provocará o fim do pulso de inundação na maior parte dos ambientes alagáveis da Volta Grande do Xingu, resultando na perda da conectividade do ecossistema com o rio.

De forma absolutamente surpreendente, sem novos dados técnicos, contrariando as conclusões e os argumentos até então aduzidos – inclusive perante o Poder Judiciário -, no dia 08 de fevereiro de 2021, o gestor do órgão do IBAMA – **Eduardo Fortunato Bim**, recentemente

afastado do cargo em razão da Operação Akuanduba, pactuou com a Norte Energia um Termo de Compromisso Ambiental, cujo objetivo é autorizar a aplicação do Hidrograma de Consenso até dezembro de 2021, quando então a concessionária deverá apresentar os Estudos Complementares e outros dados aptos a demonstrar a segurança do Hidrograma de Consenso para manter a qualidade ambiental na Volta Grande do Xingu.

Na sequência, no dia 09 de fevereiro de 2021, o Presidente do IBAMA encaminhou à NESA ofício autorizando a imediata aplicação do Hidrograma B, considerando que a empresa teria apresentado comprovante de depósito no valor de cinquenta milhões de reais e de seguro no valor de R\$ 107.492.281,13 (cento e sete milhões, quatrocentos e noventa e dois mil, duzentos e oitenta e um reais e treze centavos).

A conduta do presidente do IBAMA se baseia em falsas premissas, pois confere às medidas mitigatórias mencionadas no Termo de Compromisso Ambiental um resultado que delas já se sabe que não virá. Configura ato administrativo viciado, por meio do qual o gestor do IBAMA afasta a ação precaucionária do órgão ambiental e expõe a Volta Grande do Xingu ao risco de não-retorno, aceitando o agravamento dos impactos ambientais já identificados, o que mostra não ser razoável ou proporcional a premissa assumida como fundamento da decisão.

Permite à empresa operar sua atividade expropriando as águas do rio Xingu, com elevados riscos de perdas definitivas ao ecossistema e aos modos de vida, desincumbida de seu ônus de provar a viabilidade da ação que executa. Prova essa que é agora postergada para depois do dano.

Importante destacar que a Volta Grande do Xingu, diretamente afetada pela conduta ilícita dos requerentes, representa importante

meio de subsistência das comunidades que vivem em seu entorno, representando condição fundamental do seu modo de existência. Em Seminário Técnico realizado em 2019, o Jurunas explicaram que a “nossa ligação com o rio é a essência da nossa cultura).

A compreensão que os Yudjá/Juruna têm de si mesmos como um povo diferenciado se exprime por meio de suas relações com o rio Xingu. “O rio sempre foi nossa identidade” (Agostinho Juruna). “O nosso costume é o rio”. “O rio é nosso sangue, a mata é nossa alma. É dali que tomamos o nosso ar, que respiramos o nosso corpo” — como afirmou Ozimar Juruna. A consubstancialidade entre a cultura Yudjá/Juruna, sua noção de pessoa e seu território tradicional é um dos aspectos cruciais da vida deste povo. (MPF - Laudo Pericial, p. 8, 2021)

Como se sabe, a vida dos povos indígenas amazônicos é particularmente sensível à marcação espaço-temporal pelo regime das chuvas, a ele articulando seu calendário anual, dividido basicamente em duas estações. Cabe notar, porém, que para as culturas dos povos canoieiros, como os Yudjá/Juruna, a existência é intrinsecamente regida pelo regime hidrológico, apresentando assim quatro estações: a enchente, a cheia, a vazante e a seca. Em ambos os casos, isso dota todo o conjunto das práticas culturais indígenas (suas atividades produtivas, educativas, lúdicas, político cerimoniais etc.) de um caráter sazonal. Pode-se dizer que por meio da sazonalidade imprimida às ações humanas, as culturas indígenas e/ou tradicionais ribeirinhas se inserem em teias de relações eto-ecológicas multiespecíficas, articulando-se estreitamente aos ritmos espaço-temporais que caracterizam todas as categorias de seres vivos existentes em seu ambiente, especialmente aos ritmos daquelas que são mais significativas para a sua orientação cosmo-prática ou filosofia social (MPF - Laudo Pericial, p. 7, 2021 - Doc.09).

Diante da conclusão do próprio IBAMA quanto à insuficiência dos dados presentes no licenciamento para garantir que a operação do Hidrograma B não acarretará piora drástica nas condições ambientais e de modo de vida na Volta Grande do Xingu; depois de reiteradas manifestações de que os Estudos Complementares são primordiais, necessários e urgentes para a definição de vazões sustentáveis para a Volta Grande do Xingu, justificando a imposição de um hidrograma provisório até sua conclusão e análise; pergunta-se: como, na falta desses dados e das conclusões daí decorrentes, poderia o gestor do

IBAMA, sem violar os princípios que regem sua atuação, autorizar a aplicação do Hidrograma de Consenso, permitindo a restrição ainda maior do pulso de inundação da Volta Grande do Xingu?

A decisão que autoriza a aplicação imediata do Hidrograma de Consenso, inclusive, padece de grave vício de fundamentação técnica e implica em violação às normas ambientais. Como bem reconhecido na decisão impugnada:

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

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

Nota-se, ademais, que uma das medidas mitigatórias adicionais previstas no Termo de Compromisso é a realização de Estudos Complementares. E o próprio documento afirma que esses estudos objetivariam demonstrar a segurança do Hidrograma de Consenso, com vistas à definição de uma vazão segura para a Volta Grande do Xingu.

Indaga-se: se os estudos complementares estão previstos no Termo de Compromisso como indispensáveis a demonstrar a segurança da aplicação do Hidrograma de Consenso, como o Termo de Compromisso pode ter autorizado a aplicação imediata deste mesmo Hidrograma de Consenso?

Uma contradição evidente que não é afastada pela alegação do presidente do IBAMA de que as medidas que a concessionária teria

“aceitado” implementar seriam adicionais e suficientes para conter os danos decorrentes da aplicação do Hidrograma B no ano de 2021.

Primeiro, cumpre lembrar que o Hidrograma de Consenso foi previsto como a principal medida mitigatória do desvio do fluxo hídrico do rio Xingu. E que, agora, diante do fato de que sua aplicação resultará em vazão a menor, que ampliará a exposição e o secamento das planícies aluviais já expostas, esse hidrograma torna-se um impacto de alta magnitude a ser mitigado.

Apenas após a realização dos estudos complementares – por meio dos quais a empresa deveria ter modelado os impactos da aplicação do Hidrograma B, definindo as perdas reais em termos de biodiversidade – caso demonstrasse viável a aplicação do Hidrograma B, seria então possível definir um pacote de medidas aptas a garantir a sua aplicação.

Importante ressaltar ainda, que no conjunto de ações compensatórias proposta pela NESAs, no denominado Plano Xingu+, como suposta contrapartida para a implementação do Hidrograma B em 2021, praticamente não há nada novo. Das 16 ações previstas nesse documento, 13 referem-se a condicionantes das licenças ambientais e programas do Projeto Básico Ambiental-PBA, já existentes como obrigações do empreendedor, que necessitaram ser reajustados em razão de falhas ou inconsistências detectadas ao longo dos monitoramentos do IBAMA.

Ações concebidas originalmente como complementares a um hidrograma ecológico artificial, que em tese garantiria vazões capazes de inundar áreas essenciais. Não foram concebidas para substituir o pulso de inundação do rio Xingu, sendo que as manifestações técnicas do IBAMA são inequívocas quanto à insuficiência dessas ações como medidas alternativas capazes de sustentar o ambiente da Volta Grande do Xingu, sem o fluxo hídrico adequado.



Na falta da avaliação dos reais impactos da aplicação do Hidrograma B na Volta Grande do Xingu, a reunião das medidas então propostas em um “Plano de Ação” revela um esforço de conferir aparência de legalidade a um acordo que teria que ser celebrado a qualquer custo.

Ainda, do pacote das 16 ações denominado Xingu+, constam três medidas novas. As únicas realmente adicionais, que guardam relação direta com a redução do fluxo hídrico do Xingu. E, portanto, com os impactos, tanto da aplicação do Hidrograma de Consenso, quanto da não operação do hidrograma ecológico artificial previsto como a principal medida mitigatória do empreendimento, que garantiria uma vazão a maior capaz de inundar as planícies aluviais. A desproporção entre o impacto e a proposta é assombrosa.

A empresa agora reconhece que a sua principal medida mitigatória, em sendo implementada, terá que ser mitigada. Mas sugere, para tanto, ações alternativas à liberação das vazões a maior previstas no EIA. E, mantendo em seca permanente as planícies da Volta Grande do Xingu, propõe três projetos experimentais para jogar alimento aos peixes, criar alevinos fora do seu habitat e plantar árvores nas beiras. Projetos altamente experimentais, de duvidosa viabilidade e sem chances de resultados a curto prazo (para 2021 portanto!). E que a equipe técnica do IBAMA já havia refutado expressamente como inaptos a substituir a vazão necessária à conectividade do ecossistema e das populações com o rio Xingu. Projetos que, a equipe técnica já alertara, podem levar ao desaparecimento de espécies na região, se forem implementados mediante aplicação do Hidrograma de Consenso sem revisão.

Portanto, não há qualquer respaldo técnico que assegure a suficiência das medidas propostas face ao sacrifício que o gestor do órgão ambiental está a autorizar.

Diante de todas as advertências do próprio licenciador, quanto à imprescindibilidade dos dados solicitados nos Estudos Complementares, o presidente do IBAMA autoriza à empresa que opere desde logo o Hidrograma de Consenso, independente do ônus de provar se o ambiente suportará essa restrição hídrica ainda maior. Bem como sem a necessidade de, identificando o real impacto dessa medida, definir ações mitigatórias aptas a tornar sustentável o desvio pretendido do fluxo do rio Xingu. Rompe com as condutas precaucionárias que deveriam conduzir a ação do órgão ambiental. E permite que a verificação dos impactos advenha após o dano, que se torna drástico e potencialmente irreversível.

Nas condições atuais, ao consentir com o desvio a maior do fluxo hídrico sem exigir previamente a prova de sua viabilidade, o gestor do órgão ambiental permite a expropriação das águas do rio Xingu. Autoriza a ruptura permanente da conectividade entre os ecossistemas e o rio, impondo ao Trecho de Vazão Reduzida o ônus de se transformar num local irreconhecível. Uma decisão de deixar morrer e que nega à Volta Grande do Xingu o seu pulso de inundação da vida. Autorizando um poder de morte.

E não há como deixar de ressaltar a gravidade do fato de que o órgão licenciador impôs a aplicação do Hidrograma Provisório durante os meses da seca e da enchente do rio Xingu. Em fevereiro, quando as águas começaram a inundar as áreas essenciais. Quando os peixes iniciariam a sua migração para desova. No momento que se aproxima a cheia do rio Xingu, quando então ocorreria a reconexão do ecossistema da Volta Grande do Xingu com o seu rio, o IBAMA autoriza que se rompa

ainda mais esse liame e que a região seja submetida a uma seca histórica permanente ainda não conhecida. E cujos impactos não estão devidamente prognosticados neste licenciamento, sendo impossível a sua mitigação precoce.

É nesse contexto que o presidente do IBAMA, ao romper a ação precaucionaria do órgão ambiental, autorizando – sem segurança – a UHE Belo Monte de operar desde logo o Hidrograma de Consenso, consolida um novo estado de ilegalidade na operação da usina. O equilíbrio na partilha das águas do rio Xingu deixa de ser um imperativo, tornando desnecessária a garantia do pulso de inundação da vida. Posterga a prova da viabilidade para depois do dano já em curso. E abre caminho para que se instaure na Volta Grande do Xingu o que suas populações, silenciadas, vem denunciando como o “fim do mundo”.

#### **IV**

### **Violação do dever de Consulta Prévia, Livre e Informada das Comunidades Tradicionais**

Nos termos do art. 6º da Convenção 169 da OIT, deve ser resguardado às comunidades indígenas o direito de influenciar efetivamente o processo de tomada de decisões administrativas, judiciais e legislativas que lhes afetem diretamente, garantindo-lhes o direito de participação no processo de decisões acerca de políticas públicas/programas, medidas legislativas e decisões administrativas que impliquem/resultem em direitos e deveres indígenas.

#### **Artigo 6º**

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

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições

representativas, **cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

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

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

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

Nesse sentido, a República Federativa do Brasil, signatária da Convenção 169/OIT, norma já incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pela edição do Decreto 5.051/2004, é obrigatória a observância do diploma normativo em todo o território nacional.

A Administração Pública, em homenagem ao princípio da juridicidade, está plenamente vinculada aos termos da Convenção 169/OIT, sendo despicienda a discussão acerca do “mérito administrativo do gestor público” em virtude da observância de norma legal válida e eficaz no direito brasileiro.

Inclusive, não se trata de indevida intromissão do Poder Judiciário na gestão administrativa. Como já afirmado, a jurisprudência pátria é pacífica quando se refere à possibilidade de intervenção judicial no âmbito de políticas públicas, notadamente para tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos e assegurar a supremacia e máxima efetividade dos direitos constitucionalmente previstos.

Ao Judiciário é imposto o dever de garantir os direitos fundamentais em questão, conferindo máxima efetividade ao comando constitucional. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SAÚDE INDÍGENA. LEI 8.080/90. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINAR AFASTADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA, SAÚDE, SERVIÇOS PÚBLICOS. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO NA APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas. 2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes. 3. A etnia Maxakali tem direito de acesso ao subsistema especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90. 4. Apelação desprovida. (AC 0003587-38.2005.4.01.3800, JUIZ FEDERAL GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 04/02/2011 PAG 120.)

Ademais, a Convenção 169/OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com caráter supralegal, reconhecido aos tratados sobre direitos humanos não aprovados na forma do art. 5º da CRFB. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infra-constitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (STF, 2ª Turma, HC 95.967, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.11.2008, DJE 227, de 28.11.2008)*

O direito à consulta prévia, livre e informada, repise, não autoriza a oportunidade de a Administração Pública aplicar ou não suas determinações, de forma casuística. Ao contrário, a regra assegura franquear aos povos indígenas amplo direito de participação sobre os temas que lhes são afetos, como forma de garantir a autodeterminação e

a preservação da cultura e sociedade indígena, em um momento em que o discurso oficial aponta para o descumprimento da Constituição Federal na temática indígena, tal como reconheceu o STF no julgamento da ADPF 709:

17. É válido registrar, ainda, que se tem verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas. De fato, a imprensa atribui ao atual Presidente da República as seguintes declarações: “*Não entro nessa balela de defender terra pra índio*”; “[*reservas indígenas*] *sufocam o agronegócio*” (Campo Grande News, 22.04.2015)<sup>2</sup>; “*Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros*” (No Congresso, 21.01.2016)<sup>3</sup>; “*Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena*” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018)<sup>4</sup>; “*Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia*” (Revista Exame, 13.02.2020)<sup>5</sup>. Esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever de cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos acrescenta que a consulta deve ocorrer desde a fase de planejamento do projeto, plano ou medida, com suficiente antecedência ao começo das atividades de execução. A Corte Interamericana, por sua vez, esclarece que a consulta deve ocorrer desde as primeiras etapas do planejamento da proposta, e não unicamente quando surja a necessidade de aprovação da comunidade, de modo a permitir que os grupos participem e influenciem a tomada de decisão.

O fato é que a legislação exige que a consulta prévia seja realizada antes da emissão de toda e qualquer licença ambiental, mesmo porque o contrário seria uma consulta póstuma, que não garantiria a possibilidade de os grupos consultados participarem da decisão acerca da viabilidade socioambiental do empreendimento.

Assim, tratando-se de medida administrativa com possibilidade de afetar os povos indígenas ou tribais, como no presente caso, mostra-se imperiosa a realização da consulta prévia, porquanto a

UHE Belo Monte afetou e afeta, e de maneira particularmente grave, os povos indígenas Juruna (TI Paquiçamba), Arara (TI Arara da Volta Grade) e Xikrin (TI Trincheira-Bacajá), bem como outros grupos indígenas e de comunidades tradicionais que vivem na Volta Grande do Xingu, mas que não possuem seus territórios formalmente reconhecidos.

Importante pontuar que a demanda originária não se volta à consulta prévia da UHE Belo Monte, mesmo por que o empreendimento já está finalizado. Ao contrário, a tutela visa a garantia do direito à consulta prévia dos povos tradicionais da Volta Grande do Xingu, especificamente no que se refere à revisão do Hidrograma de Consenso, para definição do regime de vazões a serem operados no Trecho de Vazão Reduzida.

Inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deixa claro também que a consulta prévia deve ser aplicada de igual forma nas “fases de execução” de um projeto de exploração:

184. Neste sentido, não há sido controvertido que o Estado não realizou nenhuma forma de consulta com os Sarayaku, em nenhuma das fases de execução dos atos de exploração petrolífera e através de suas próprias instituições e órgãos de representação. Em particular, o povo não foi consultado antes de serem construídos aeroportos, cavarem buracos, plantarem explosivos e destruírem zonas de alto valor para sua cultura e cosmovisão. (Corte IDH, Caso do Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador, p. 56).

O direito à consulta prévia deve ora ser garantido, sob pena de se perpetuar a injustiça que se verificou com a aprovação da UHE Belo Monte, quando estes grupos foram completamente alijados das decisões do licenciamento ambiental. A definição de novos valores para o Hidrograma de Consenso é um ato administrativo que tem o potencial de afetar de maneira grave a vida e os modos de viver dos presentes e futuras gerações dos indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu.

V

**Não preenchimento dos pressupostos para a concessão da  
Suspensão da Liminar. Inexistência de grave lesão à ordem e a  
econômica públicas.**

**Inexistência de plausibilidade jurídica. Perigo da demora inverso.  
Irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente.**

Embora o procedimento do pedido de suspensão de liminar não autorize a apreciação exauriente do mérito da demanda originária, mas apenas se a decisão impugnada acarreta grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas, é sedimentado que seja demonstrado pelos requerentes a plausibilidade da tese deduzida, autorizando um Juízo mínimo de delibação. Nesse sentido:

[...] 1. A jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal permite o proferimento de um juízo mínimo de delibação, no que concerne ao mérito objeto do processo principal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros).  
(STA 73 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008).

Nessa linha, dos argumentos apresentados pelos requerentes e contrapostos na presente manifestação, observa-se que a pretensão de suspensão da liminar encontra vedação expressa no texto constitucional, que assegurou a adoção de providências preventivas para proteger as ameaças ao desenvolvimento sadio do meio ambiente equilibrado.

Durante toda a instrução e implementação dos sistemas de Hidrograma, verificou-se, em mais de uma ocasião, por meio de manifestações do próprio IBAMA, a inadequação do Hidrograma de Consenso, que inclusive era previsto como a medida de maior



importância para mitigar os danos causados pela redução de vazão na Volta Grande do Xingu.

Somente em documento, emitido apenas oito dias após a última manifestação do IBAMA (que reasentava a necessidade de elaboração de maiores estudos), sem maiores fundamentos técnicos, limitado a apenas duas laudas, aprovou-se o Termo de Compromisso, autorizando a utilização do Hidrograma de Consenso enquanto não finalizados os estudos complementares.

**Ou seja, permitiu-se a adoção de procedimento já reputado como altamente prejudicial ao meio ambiente, sem maiores fundamentações, logo após a emissão de parecer que o desaconselhava, prevendo expressamente que o Hidrograma de Consenso vigoraria enquanto não apresentado o complemento aos estudos necessários para sua viabilidade. Qualquer lógica existente foi completamente subvertida pela atuação dos requerentes.**

Além das inúmeras provas colhidas no Inquérito Civil Público 1.23.003.000254/2010-28, expostas na ação originária, os documentos técnicos oficiais do processo de licenciamento – em especial o Parecer Técnico 133/2019/IBAMA – comprovam que o Hidrograma de Consenso, principal medida mitigatória da UHE Belo Monte, prevista como a única capaz de reverter os impactos do desvio do fluxo hídrico do Xingu, não se mostra apta a cumprir esse papel.

As provas contidas nos autos levam, com segurança, à conclusão de que a atuação do IBAMA foi direcionada exclusivamente para acolher às pretensões da Norte Energia, não se importando com a realidade dos impactos ambientais e socioeconômicos que a implantação do Hidrograma de Consenso pudesse causar.

A inexistência atual dos dados solicitados é também demonstrada por documentos oficiais do processo de licenciamento,

mediante Pareceres Técnicos (Parecer Técnico 17/2021/IBAMA e 133/2019/IBAMA) por meio dos quais o IBAMA devolve aos Estudos Complementares para que sejam devidamente realizados. E é demonstrada ainda pela própria repactuação de prazos entre a concessionária e o IBAMA para apresentação dos estudos.

A análise técnica dos pareceres do IBAMA demonstraram que não houve qualquer alteração no âmbito das medidas mitigatórias que permitisse a afirmação segura de que os impactos em curso não se tornarão drásticos e irreversíveis mediante aplicação do Hidrograma B, sem prova de sua viabilidade.

Nesse contexto, diante de impactos de alta magnitude já identificados, sem que o poluidor demonstre a sua viabilidade mediante a apresentação dos Estudos Complementares solicitados, não há segurança par a aplicação de seu Hidrograma, com a imposição de rigor hídrico ainda mais severo à Volta Grande do Xingu.

Está demonstrado o acerto do IBAMA, já reconhecido pelo Judiciário, ao impor um Hidrograma Provisório, que deveria perdurar até que se tivesse dados que garantissem a definição de um modelo seguro para as vazões praticadas. A medida, a um só tempo, privilegiaria a precaução e prevenção dos danos ao meio ambiente e às comunidades tradicionais e permitiria o funcionamento da UHE Belo Monte, enquanto são complementados os estudos necessários para apurar o verdadeiro impacto e solução do projeto de hidrograma.

Ademais, o perigo da demora no presente caso é inverso. Milita em favor da proteção ao meio ambiente e das comunidades indígenas e ribeirinhas.

Como já demonstrado de forma exaustiva, há grave risco de perdas definitivas na Volta Grande do Xingu com a aplicação do Hidrograma B. A conduta pode ensejar a ruptura dos processos

reprodutivos e a eliminação de espécies. Tais fatos, ressalte-se, foram apurados em pareceres técnicos do próprio IBAMA, bem como análises do Ministério Público Federal, acostadas aos autos principais.

Inclusive, a procuradoria especializada do IBAMA, em manifestação encaminhada ao Poder Judiciário, quando litigou na defesa da aplicação do Hidrograma Provisório, com base no princípio da precaução, assentou que até que os dados dos Estudos Complementares permitissem a definição da segurança das vazões, sendo então dado à concessionária provar as condições de viabilidade para eventual aplicação do Hidrograma B, deveriam permanecer híidas as determinações cautelares:

Assim, observa-se que a concessão do efeito suspensivo ao pedido de reconsideração, além de não encontrar previsão legal, configura, no caso dos autos, *periculum in mora inversum*. Relembra-se que o impacto ambiental esperado é a possível perda da manutenção da biodiversidade do Trecho de Vazão Reduzida - TVR, considerando a situação identificada de impactos acima do previsto no EIA, com intensificação desses impactos na área de influência do TVR. Portanto, controlar as vazões da Volta Grande do Xingu tem o objetivo de mitigar os impactos ambientais esperados na qualidade da água, ictiofauna, vegetação aluvial, quelônios, pesca, navegação e modos de vida da população da Volta Grande.

Não obstante, busca agora, sem nenhum fato técnico novo que fundamente a alteração da precaução anteriormente adotada, a modificação do hidrograma apresentado, com finalidade única de beneficiar os interesses econômicos e energéticos da empresa concessionária.

Importante destacar ainda que a ruptura da ação precaucionaria do órgão ambiental ocorreu justamente no período de enchente do Xingu, quando as florestas aluviais deveriam ser inundadas para recompor os ambientes degradados. Em que a sincronia do movimento das águas com a oferta de alimentos e abrigo possibilitaria

que os peixes e as tracajás migrassem em busca de habitats para reprodução.

Por esta razão, o perigo da demora, no presente caso, é inverso, com sério risco de dano irreparável ao meio ambiente e ao modo de subsistência das comunidades tradicionais. Imperiosa e urgente, portanto, a manutenção, no mínimo, do Hidrograma Provisório definido pelo IBAMA, evitando as pioras ambientais, até que a NESA apresente os dados solicitados nos Estudos Complementares e que esses sejam analisados pelo licenciador.

Acrescente-se, ademais, que a alegação de que o Brasil passa pela maior seca dos últimos anos apenas reforça a necessidade de se assegurar a vazão correta para a Volta Grande do Xingu, porquanto as intempéries climáticas, por si só, já afetaram a inundação das regiões ecológicas, agravadas agora pela pretensão de implementação do Hidrograma de Consenso.

Vale dizer, se a situação já se encontra em difícil estado em razão da seca sem precedentes, pior ainda ficará com a implementação de projeto sabidamente prejudicial ao meio ambiente e já refutado em diversas ocasiões por manifestações técnicas do órgão ambiental.

Nesse eterno conflito entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3540-MC, já assentou entendimento de que o “meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada [...]”. E prosseguiu o Ministro Celso de Mello:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem de harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [...].

Essa asserção torna certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente – tal como adverte PAULO DE BESSA ANTUNES (“Direito Ambiental”, p. 63, item n. 2.1 7ª ed., 2004, Lumen Juris) – que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante ressalta o magistério doutrinário [...].

Daí os instrumentos jurídicos – de caráter legal e de natureza constitucional – que, previstos no ordenamento positivo, objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

(ADI 3540 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Ausente, assim, a plausibilidade da tese jurídica defendida pelos requerentes, bem como evidenciado o grave risco de dano irreversível ao meio ambiente, com a adoção de medida já reputada como inválida para a finalidade pretendida, não merece acolhimento o pedido de suspensão de liminar.

### **III – DA CONCLUSÃO**

Diante do exposto, o Ministério Público Federal pugna pela reconsideração da decisão agravada (art. 306 do RITRF-1) ou, caso indeferida, pela submissão do agravo interno ao Colegiado e o seu provimento.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2021.

**RONALDO PINHEIRO DE QUEIROZ**  
Procurador Regional da República