

Evo e Tellico - uma união improvável

Categories : [Paulo Bessa](#)

Depois que o companheiro Evo viu o gás é necessário que repensem a matriz energética do Brasil, com vistas a impedir que o país fique sujeito aos humores de seus vizinhos. Posso afirmar, com bastante tranquilidade que, apesar de todo o problema, pouco temos feito para enfrentá-lo. Permito-me examinar, ainda que parcialmente, a questão da energia elétrica.

A geração de energia no Brasil, com pequenas exceções, é considerada uma atividade potencialmente poluidora e, portanto, deve ser submetida a licenciamento ambiental, conforme determinação do artigo 10 da lei nº 6.938/81(1) e, em diversos casos, é exigível o Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Se imaginarmos a hipótese da construção de uma usina hidrelétrica na divisa entre três estados e que, simultaneamente, abranja áreas indígenas, serão necessárias atuações dos seguintes órgãos de licenciamento (i) Ibama, (ii) Funai, (iii) Iphan, (iv) agência de controle ambiental de cada um dos órgãos ambientais estaduais e (v) agências de águas de cada um dos estados envolvidos.

Assim como já aconteceu em outros países, a construção de usinas hidrelétricas tem sido motivo de muita controvérsia judicial. Nós temos no Brasil muitos *Tellico Dams*.

Para quem não conhece o tema, permito-me contar algumas passagens da história que é mais ou menos assim: Era uma vez a Tennessee Valley Authority (TVA), que havia projetado a construção de uma barragem denominada Tellico Dam a ser erguida no Little Tennessee River, perto da cidade de Lenoir. A idéia era gerar energia e criar um pólo de atividades náuticas a partir do lago a ser criado. Este foi o mais polêmico projeto que a TVA jamais realizou. [The story of Tellico Dam is longer and more complicated than a James Michener novel, involving farm families forced from their homes, Cherokee village sites sent underwater, and an elusive endangered fish called the snail darter.](#)

O caso é muito emblemático (2) e não é necessário recontá-lo visto que a sua história é amplamente disponível para os interessados. É importante chamar a atenção, no entanto, que, atualmente, o lago da barragem se encontra construído e que os resultados alcançados foram bastante diferentes daqueles prognosticados pela crítica que lhe foi contemporânea.

Exemplo de fora

A construção do Tellico Dam começou em 1967 e só terminou em 1979. Foi criado em reservatório com margens que chegam a 357 milhas e espelho d'água de 15.560 acres para atividades recreativas. [Na usina são gerados 145.000 Kw de eletricidade](#). Na época do fechamento da barragem, a questão foi submetida à Suprema Corte, que julgou a medida judicial e a opinião dominante foi relatada pelo Juiz Burger, nos seguintes termos:

"It may seem curious to some that the survival of a relatively small number of three-inch fish among all the countless millions of species extant would require the permanent halting of a virtually completed dam for which Congress has expended more than \$ 100 million. The paradox is not minimized by the fact that Congress continued to appropriate large sums of public money for the project, even after congressional appropriations committees were apprised of its apparent impact upon the survival of the snail darter. We conclude, however, that the explicit provisions of the Endangered Species Act require precisely that result."

A Suprema Corte e o Poder Judiciário, nos Estados Unidos, assim como no Brasil, têm ampliado em muito a sua atividade em temas ambientais. Baum (3): "Desde os anos 60, novas leis aumentaram a atividade da Corte em várias áreas de políticas. A atenção da Corte à questão de políticas referentes ao meio ambiente foi insignificante até que o Congresso adotou a lei Nacional de Política Ambiental de 1969 e uma sucessão de outras leis nesta área. Como resultado, os casos referentes ao meio ambiente têm sido um elemento básico da pauta nos anos 70 e 80."

Evidente que a questão central a ser observada é o custo social que a decisão significou, ainda que baseada em uma legislação que, fundada em um único ponto de vista, gerou custos sociais excessivos. A Suprema Corte, a partir da decisão acima citada, tendo em vista as inúmeras e fundadas críticas que lhe foram formuladas modificou o seu entendimento sobre a matéria. A Corte, desde há muito, tem decidido que cabe ao Executivo fazer as ponderações entre os diferentes elementos envolvidos na proteção de espécies ameaçadas, inclusive os elementos econômicos, [como é o exemplo do caso U.S. Supreme Court BABBITT v. SWEET HOME CHAP., COMS. FOR ORE.. U.S. \(1995\) BABBITT v. SWEET HOME CHAP., COMS. FOR ORE.. U.S. \(1995\) BRUCE BABBITT, SECRETARY OF INTERIOR, ET AL., PETITIONERS v. SWEET HOME CHAPTER OF COMMUNITIES FOR A GREAT OREGON ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT No. 94-859. Argued April 17, 1995 Decided June 29, 1995](#), Merecem destaque as seguintes passagens da decisão:

"Our conclusion that the Secretary's definition of "harm" rests on a permissible construction of the ESA gains further support from the legislative history of the statute. The Committee Reports accompanying the bills that became the ESA do not specifically discuss the meaning of "harm," but they make clear that Congress intended "take" to apply broadly to cover indirect as well as purposeful actions. The Senate Report stressed that [BABBITT v. SWEET HOME CHAP., COMS. FOR ORE., U.S. (1995), 17] "take' is defined ... in the broadest possible manner to include every conceivable way in which a person can `take' or attempt to `take' any fish or wildlife." S. Rep. No. 93-307, p. 7 (1973). The House Report stated that "the broadest possible terms" were used to define restrictions on takings. H. R. Rep. No. 93-412, p. 15 (1973). The House Report underscored the breadth of the "take" definition by noting that it included "harassment, whether intentional or not." Id., at 11 (emphasis added). The Report explained that the definition "would allow, for example, the Secretary to regulate or prohibit the activities of birdwatchers where the effect of those activities might disturb the birds and make it difficult for them to hatch or raise their young."

Ibid. These comments, ignored in the dissent's welcome but selective foray into legislative history, see post, at 14-16, support the Secretary's interpretation that the term "take" in 9 reached far more than the deliberate actions of hunters and trappers.

When it enacted the ESA, Congress delegated broad administrative and interpretive power to the Secretary. See 16 U.S.C. 1533, 1540(f). The task of defining and listing endangered and threatened species requires an expertise and attention to detail that exceeds the normal province of Congress. Fashioning appropriate standards for issuing permits under 10 for takings that would otherwise violate 9 necessarily requires the exercise of broad discretion. The proper interpretation of a term such as "harm" involves a complex policy choice. When Congress has entrusted the Secretary with broad discretion, we are especially reluctant to substitute our views of wise policy for his. See *Chevron*, [467 U.S., at 865](#) - 866. In this case, that reluctance accords with our conclusion, based on the text, structure, and legislative history of the ESA, that the Secretary reasonably [*BABBITT v. SWEET HOME CHAP., COMS. FOR ORE.*, ____ U.S. ____ (1995) , 21] construed the intent of Congress when he defined "harm" to include "significant habitat modification or degradation that actually kills or injures wildlife."

In the elaboration and enforcement of the ESA, the Secretary and all persons who must comply with the law will confront difficult questions of proximity and degree; for, as all recognize, the Act encompasses a vast range of economic and social enterprises and endeavors. These questions must be addressed in the usual course of the law, through case-by-case resolution and adjudication.

The judgment of the Court of Appeals is reversed. "

Como se vê, o Poder Judiciário norte-americano, após ter avaliado os custos da decisão em *TVA vs Hill* passou a adotar uma postura que leva em consideração os custos de suas decisões e tem compreendido que, em termos gerais, o Poder Executivo está mais bem aparelhado para decidir casos complexos que envolvem proteção ambiental e atividades econômicas, a menos que existam razões suficientemente fortes para que a atividade seja paralisada.

Situação do Brasil

Aqui no Brasil, nós nos encontramos no estágio que os Estados Unidos estavam na década de 70. Infelizmente, ainda não tivemos a oportunidade de aprender com os erros que lá foram cometidos, de molde a não repeti-los. Temos observado desde 1988 um paulatino e constante aumento da judicialização das questões ambientais, o que demonstra um importante aprimoramento democrático, servindo o Poder Judiciário como instrumento posto à disposição do cidadão para o controle dos atos administrativos e da sanidade ambiental. Assim, por diversas vezes, o Poder Judiciário tem sido instado a intervir em questões relativas à produção de energia, designadamente a construção de hidrelétricas.

O conjunto de decisões já existentes, no entanto, não nos permite chegar à conclusão sobre qual a tendência dos tribunais em relação à matéria. Existem decisões que se imiscuem diretamente na atividade administrativa ao determinar a paralisação de procedimentos de licenciamento ambiental sob o argumento da aplicação do princípio da precaução, como é o caso, da seguinte decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (4), na qual se lê:

“8 - Conclusão acerca do órgão competente para conduzir o processo de licenciamento das obras, se a Fundação Estadual de Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso – FEMA/MT ou o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, exige aprofundado exame de mérito da demanda e dilação probatória para dimensionar o impacto ambiental do empreendimento e se as reservas indígenas serão atingidas, o que não é permitido em suspensão de segurança. 9 – O juízo de primeiro grau, ao determinar à FEMA que se abstenha de conduzir o processo de licenciamento, adotou a cautela necessária ao caso, pois se é do interesse público a construção da referida hidrelétrica também o é a preservação do meio ambiente e de áreas indígenas porventura atingidas. Suspender a liminar para autorizar a execução de obra supostamente causadora de dano a bem da União, sem o prévio licenciamento do IBAMA, torna-se suscetível de acarretar lesão à ordem administrativa.”

O caso que acaba de ser apresentado, demonstra claramente a existência de um conflito entre os órgãos licenciadores e a incapacidade deles em resolverem as suas eventuais divergências no âmbito administrativo, possibilitando que o processo de licenciamento já iniciado fosse suspenso e determinado que outro tivesse início perante o órgão federal. Aliás, na decisão acima apresentada, merece ser destacado o fato de que um Termo de Compromisso firmado entre várias das partes interessadas servisse de prova de que haveria dano a bem federal e, portanto, necessária a intervenção do Ibama.

“Ainda do termo de Compromisso firmado entre etnias da Comunidade do Parque Indígena do Xingu, a empresa Paranatinga Energia S/A e o Governo de Mato Grosso, no mês de dezembro de 2004 apresenta-se como prova irrefutável de que o empreendimento questionado nesta lide trará consequências ambientais e sociais para os povos e terras indígenas que lhes são próximos, no caso, as reservas do Parabubure e do Parque do Xingu. Reconheceu-se as implicações da questão indígena para viabilização do projeto hidrelétrico que, portanto, não pode ser aquilatada pelo órgão ambiental da unidade federada.” Se por um lado é corretíssimo que a suspensão de segurança não é a medida adequada para discutir as questões suscitadas; por outro, não é menos certo que questões indígenas não são questões ambientais. Aqui se vê, com toda clareza, o nível de complexidade que a matéria tem assumido no Brasil que, aliás, não é diferente daquela constante de TVA vs Hill.

Em sentido contrário à decisão acima apontada, o mesmo Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento a agravo de instrumento para que o órgão ambiental estadual prosseguisse no licenciamento ambiental de uma usina hidrelétrica. Vejamos parte do Relatório da

Desembargadora Maria Isabel Galotti Rodrigues: “Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, nos autos de ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal, deferiu liminar determinando a paralisação do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Dardanelos, com a suspensão dos efeitos do termo de referência, do Estudo de Impacto Ambiental e de audiência pública que estava marcada para 20.5.2005, proibindo, ainda, a realização da edificação do empreendimento, até o julgamento final da demanda, ao fundamento de que o IBAMA é o órgão competente para a condução do processo de licenciamento ambiental das obras da Usina Hidrelétrica de Dardanelos, tendo em vista que o impacto incidirá sobre Rio Aripuanã, “bem público da União, já que se estende por mais de um Estado da Federação” (5).

Ao dar provimento ao agravo, a Sra. Relatora assim entendeu: Com efeito, entendo que a continuidade dos estudos que já estão sendo feitos pelo órgão estadual não causarão dano algum ao meio ambiente, tendo em vista que, conforme bem ressaltado pela Agravante, “a atual fase de estudos de impactos ambientais em que se encontra o procedimento administrativo serve, justamente, para detectá-los e preveni-los”, sendo inviável a realização de qualquer tipo de obra antes da conclusão do estudo para o licenciamento e a efetiva concessão da licença. Ademais, o próprio IBAMA, munido dos elementos e informações necessárias, concluiu que a competência para o procedimento de licenciamento ambiental, no tocante ao empreendimento da Usina Hidrelétrica de Dardanelos, a ele não pertence, devendo ser realizado pelo órgão estadual de meio ambiente do Estado do Mato Grosso (doc. fl. 130), tendo a FEMA/MT legitimamente iniciado o processo. Em face do exposto, defiro a liminar, autorizando o prosseguimento dos estudos para o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Dardanelos, bem como a realização de audiência pública, ressalvando, contudo, que as obras somente deverão ser iniciadas após o julgamento da ação principal.”

Atrasos

Com efeito, a decisão acima apontada parte de um pressuposto que, em meu ponto de vista, é o adequado, visto que o licenciamento ambiental existe para prevenir danos ambientais e, portanto, o seu prosseguimento não pode ser tido como um dano ambiental “presumido”, como parece ser a conclusão lógica das decisões que lhe determinam a paralisação.

A inérgia do Congresso Nacional em definir o Estatuto das Sociedades Indígenas, bem como em definir regras para o aproveitamento de potenciais hidrelétricos em áreas indígenas, igualmente tem sido um obstáculo bastante considerável para a construção de usinas hidrelétricas (6).

Um importante elemento que não pode ser desconsiderado é que, não raras vezes, em sede de liminar tem-se admitido o dano ambiental presumido como um elemento muito importante e superior às considerações de natureza econômica relativas aos empreendimentos, como nos dá mostra a decisão proferida pelo Ministro Pádua Ribeiro: *“Direito Ambiental. Preservação ao Meio Ambiente. Liminar. 1 – A decisão vergastada fez-se ao pálio dos pressupostos ensejadores da liminar, eis que caracterizado o grave risco ao meio ambiente, consubstanciado na deterioração*

definitiva das águas do lençol termal. É de ser mantida a liminar uma vez atendidos seus pressupostos legais. II – Questões relativas a interesse econômico cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível. III – Agravo Regimental desprovido.” (7)

Ainda não temos uma orientação jurisprudencial firme em nossos tribunais acerca das relações entre proteção ambiental e geração de energia. A legislação brasileira de proteção ao meio ambiente e a legislação especificamente voltada para a geração de energia têm mecanismos capazes de garantir a compatibilização entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento de nossa matriz energética. A análise de tais questões deve, fundamentalmente, ser realizada pelos órgãos de controle e licenciamento ambiental, mediante a aplicação do procedimento de licenciamento ambiental.

Entretanto, esta questão não está muito clara em nossos tribunais que, muitas vezes, sob o desejo de proteger o meio ambiente, determinam a paralisação dos procedimentos mais aptos para a avaliação dos impactos ambientais de um projeto que é o licenciamento ambiental. Igualmente, não tem havido uma avaliação capaz de considerar tanto os aspectos ambientais como os econômicos envolvidos em um empreendimento; isto tem feito que a mera presunção de dano tenha sido forte o suficiente para a paralisação de processo de licenciamento ambiental. Situação semelhante já foi vivida pelos Estados Unidos com graves prejuízos para aquele país. A Suprema Corte Norte Americana, revendo sua posição anterior, exige a prova do dano ambiental para que a atividade econômica possa ser validamente paralisada. Com as novas posturas do companheiro, é bom colocarmos nossas barbas de molho e não criarmos tantos obstáculos para as hidrelétricas, pois podemos correr o risco de ficarmos sem alternativas para a geração de energia.

1. Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. § 1 - Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação. § 2 - Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA. § 3 - O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, este em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido. § 4 - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

2. VER: FINDLEY, Roger W. e FARBER, Daniel A Cases and Materials on Environmental Law,

Third edition. St. Paul: West Publishing. 1991. pg. 79 e seguintes TVA v. Hill, Supreme Court Of The United States, 1978. 437 U.S. 153, 98 S. Ct. 2279, 57 Led. 2d 117.

3. VER: BAUM, Lawrence. A suprema Corte Americana. (tradução Élcio Cerqueira). Rio de Janeiro: Forense Universitária.. 1987. pg. 252-3.

4. Suspensão de segurança nº 2005.01.00.011186-1/MT. Relator Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima

5. Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.037865-9/MT, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Galotti Rodrigues.

6. VER AG 2001.01.00.030607-5/PA, Relator Juiz Alexandre Machado Vasconcelos e AG 2000.0100.023172-7/MT, Relator Juiz Daniel Paes Ribeiro, ambos do TRF1, dentre outros.

7. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição 924/GO. Corte Especial. DJU 29/05/2000. Relator Ministro Pádua ribeiro.