



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
GABINETE

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO "U", 9º ANDAR, SALA 935, CEP: 70065-900, BRASÍLIA/DF, FONE: (61) 2032-5252

INFORMAÇÕES n. 00042/2022/CONJUR-MME/CGU/AGU

NUP: 00692.000070/2022-31 (REF. 0112958-68.2022.1.00.0000)

INTERESSADOS: REDE SUSTENTABILIDADE E OUTROS

ASSUNTOS: MEIO AMBIENTE E OUTROS

Senhora Consultora Jurídica,

1. Pelo OFÍCIO n. 00011/2022/CONSUNIAO/CGU/AGU, a CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO solicitou sejam encaminhados subsídios para a elaboração de informações a serem prestadas ao Supremo Tribunal Federal pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos autos da ADPF 935, movida pela REDE SUSTENTABILIDADE, partido político com representação no Congresso Nacional para, resumidamente, declarar a incompatibilidade do Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022, com preceitos fundamentais da Constituição Federal, com a consequente imediata retomada da produção de efeitos do então revogado Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 6.640, de 2008.

2. Os atos normativos citados cuidam da proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, sendo que a agremiação autora da ação pleiteia:

"a) O deferimento da medida liminar ora requerida para determinar que seja suspenso o Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022, com a imediata retomada da produção de efeitos do então revogado Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 6.640, de 2008;

i) Subsidiariamente, caso não se entenda pela suspensão in totum do Decreto impugnado, que sejam suspensos os §§ 4º e 9º do art. 2º, o art. 4º in totum, o art. 6º, o art. 7º e o art. 8º, com a imediata retomada da produção de efeitos dos dispositivos correlatos do então revogado Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 6.640, de 2008, a saber: §§ 4º e 9º do art. 2º, art. 3º, nenhum, nenhum e art. 5º, respectivamente.

b) A oitiva das autoridades responsáveis pela edição dos atos ora impugnados, bem como do Advogado-Geral da União e da Procuradora-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias, conforme artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99;

i) Nessa oitiva, requer que seja disponibilizada, pelos órgãos competentes, a íntegra de todos os processos administrativos que levaram à edição de referido Decreto, com todos os pareceres técnicos elaborados acerca do assunto, inclusive, e principalmente, o parecer do Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas (CECAV), não divulgado publicamente até o momento, mas essencial para a compreensão do processo de elaboração da norma.

c) No mérito o julgamento da procedência da ação, confirmando-se a medida liminar, para declarar a incompatibilidade do Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022, com preceitos fundamentais da Constituição Federal, com a consequente imediata retomada da produção de efeitos do então revogado Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 6.640, de 2008;

i) Subsidiariamente, caso não se entenda pela incompatibilidade in totum do Decreto impugnado com preceitos fundamentais da Constituição, que seja declarada a referida incompatibilidade constitucional dos §§ 4º e 9º do art. 2º, o art. 4º in totum, o art. 6º, o art. 7º e o art. 8º, com a imediata retomada da produção de efeitos dos dispositivos correlatos do então"

3. O Autor sustenta, em linhas gerais, que:

1. Há evidente violação a diversos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sobretudo associados ao direito à proteção ao patrimônio histórico (art. 216, V) e, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), o que é um pressuposto para o próprio exercício pleno dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º, caput);

2. Os dispositivos do referido diploma violam a Política Nacional de Biodiversidade e vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção da Diversidade Biológica;

3. A norma impugnada revogou integralmente o antigo Decreto 99.556/1990, que conferia a todas as cavernas naturais no Brasil o tratamento de patrimônio cultural nacional, cuja

redação já havia sido atualizada pelo Decreto 6.640/2008;

4. O novo diploma flexibiliza e reduz a proteção de todas as cavernas do país, incluindo as de máxima relevância, que são de maior valor ecológico;

5. O Decreto nº 10.935/2022 muda as regras do jogo e remove as restrições, ficam permitidos impactos negativos irreversíveis em cavernas de máxima relevância, caso o empreendimento seja considerado de utilidade pública, não haja alternativa locacional e não provoque a extinção de espécie que ocorre na cavidade;

6. A intenção do governo de mudar a legislação das cavernas está clara desde a publicação do Programa de Mineração e Desenvolvimento, em setembro de 2020 (Portaria nº 354/2020), onde um dos tópicos é o avanço da mineração em novas áreas, batizado de projeto "Minera, Brasil", que lista as metas correspondentes, entre elas, "aprimorar a regulação que trata de cavidades naturais" e a própria regulamentação da mineração dentro de Terras Indígenas, outra pauta de destaque do atual governo;

7. A redução da proteção das cavidades naturais subterrâneas tem impactos diversos, incluindo o desequilíbrio da fauna e a crescente ameaça de espécies em extinção, a destruição de formações geológicas, o comprometimento dos recursos hídricos provenientes de aquíferos cársticos, e os possíveis danos à biodiversidade e aos arquivos paleoclimáticos e arqueológicos abrigados nas cavernas;

8. O Decreto ora impugnado é inconstitucional por violar matéria submetida à reserva de lei - reserva essa essencial justamente para evitar mudanças açodadas e com enorme potencial de impacto negativo no ecossistema; o princípio da proibição do retrocesso ecológico encontra-se em plena consonância com o dever de progressividade em matéria ambiental, segundo o qual é obrigação do Estado empreender esforços e recursos para ampliar progressivamente o âmbito de proteção ambiental, como imperativo de um modelo de desenvolvimento sustentável que busca garantir às gerações futuras melhores condições ambientais;

9. O Decreto impugnado, por vulnerar a proteção já conquistada do meio ambiente, promoveu um retrocesso socioambiental e tem evidente caráter regressivo do ponto de vista institucional, na medida em que esvazia completamente, pelas razões já expostas, as balizas mínimas esperadas para a tutela do meio ambiente no Brasil.

4. Conferida a relatoria da ADPF ao Ministro Ricardo Lewandowski, o magistrado concedeu medida cautelar em atendimento ao pedido da Parte Autora, nos seguintes termos:

Em conclusão, defiro parcialmente a cautelar para suspender, *ad referendum* do Plenário, até julgamento final, a eficácia dos arts. 4º, I, II, III e IV e 6º do Decreto 10.935/2022, de modo a propiciar a imediata retomada dos efeitos do então revogado art. 3º do Decreto 99.556/1990, com a redação dada pelo Decreto 6.640/2008, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

Por fim, considerando que as ADPFs 935/DF e 937/DF, a mim distribuídas por prevenção (art. 77-B, Regimento Interno do STF), impugnam, ambas, a validade constitucional do Decreto 10.935/2022, determino o apensamento desta última à primeira para tramitação conjunta.

5. Em suas razões de decidir, o Ministro Relator menciona princípios que reputa de índole constitucional, de necessária observância, que pretensamente teriam sido violados, a fundamentar a decisão proferida. Veja-se:

[...].

De tais comandos, abrigados em nossa Lei Maior, é possível deduzir diversos princípios que, em seu conjunto, conformam um verdadeiro direito constitucional ambiental, sobressaindo, dentre eles, o da vedação do retrocesso socioambiental e o da precaução.

Com efeito, a regra da vedação do retrocesso socioambiental (art. 1º, caput e III; art. 5º, XXXVI e § 1º; e art. 60, § 4º, IV, da CF), implica o dever de progressividade em matéria de realização (eficácia social) dos direitos socioambientais, de maneira a que eventuais medidas legislativas e administrativas concernentes à temática venham sempre a buscar a melhoria ou o aprimoramento desses valores fundamentais.

[...].

Ademais, é consenso hoje que, sempre que uma atividade possa causar - efetiva ou potencialmente - danos ao meio ambiente ou à saúde humana, é preciso empreender medidas de precaução adequadas. Isso quer dizer que, avançando para além da antiga ótica de recomposição de eventuais prejuízos, o princípio da precaução não se compraz apenas com a mensuração de um prejuízo a ser compensado. Ao revés: ele abriga a noção de que existem atividades humanas que devem ser reprimidas e sancionadas antes mesmo que possam produzir danos.

[...].

Em razão das considerações acima desafiadas, nessa primeira análise que faço da matéria, reputo possível enquadrar a hipótese sob exame como uma possível lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais, nomeadamente, à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à vida (art. 5º, caput, da CF), à saúde (art. 6º, caput, da CF), à proibição do retrocesso institucional e socioambiental (art. 1º, caput e III; art. 5º, XXXVI e § 1º; e art. 60, § 4º, IV, da CF), bem assim, de forma mais específica, ao direito à proteção ao patrimônio cultural, incluídos o histórico, científico, ecológico, arqueológico e paleontológico (art. 216,

6. Dados esses contornos, importa adentrar nalguns pontos suscitados na discussão ora empreendida.

7. Sobre a alegada violação ao princípio da reserva de lei, tendo a parte autora sustentado que o Executivo se substituiu ao Congresso Nacional ao disciplinar a matéria, tem-se que tal argumento não prospera. Cuida-se de ato normativo de natureza regulamentar, tanto que do seu preâmbulo consta alusão expressa à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a evidenciar o fundamento legal, não o único, a suportar a edição do ato impugnado.

8. Daí, mostra-se questionável a aptidão da ADPF para promover a apreciação da constitucionalidade da norma perante o STF.

9. Sabe-se que na teoria constitucional da tripartição de poderes, de gênese inspirada nos estudos de Montesquieu, promove-se a sintetização das principais funções do Estado (Chefia de governo e administração pública; Legislação e controle do governante; e Pacificação social das demandas) em três ramos que atuam de maneira harmônica e em exercício de controle mútuo, quais sejam: o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário (teoria dos freios e contrapesos).

10. A despeito de cada um desses Poderes exercer suas funções típicas como mencionado acima, também lhes são resguardadas as funções não tradicionais, ou atípicas, que aproximam aspectos e competências que, em regra, não fosse a previsão expressa do texto constitucional, não lhe seriam atribuídos. Entre essas hipóteses de exercício de função atípica por parte do Poder Executivo, encontra-se a possibilidade de edição de preceitos normativos de força cogente, dotados de abstração e generalidade, com o objetivo de pormenorizar e regulamentar as disposições legislativas, editados exclusivamente por ato do Presidente da República, sem a necessidade de trâmite e votação legislativa ordinária. O veículo introdutor dessa hipótese legislativa é o Decreto Executivo Regulamentar.

11. Essas são as lições de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Podemos encontrar as primeiras bases de uma teoria da separação de poderes no pensamento de Aristóteles, que vislumbrava a necessidade de fragmentar as funções administrativas da pólis, principalmente a necessária separação entre administração do governo e solução de litígios existente na comunidade.

Com Montesquieu, sob inspiração de Locke, vislumbrou-se a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhe são típicas, nascendo daí a famosa teoria dos freios e contrapesos ("checks and balances").

Cada uma das funções estatais - Executivo, Legislativo e Judiciário - passaram a realizar funções típicas (tradicionais) de sua natureza, mas, ainda, por dicção constitucional, funções atípicas (não tradicionais), fiscalizando e limitando a ação dos demais.

12. De início, para a análise jurídica acerca da validade de uma norma, é imperioso que se estabeleça como ponto de partida, o exame de sua constitucionalidade - formal (*nomodinâmica*) e material (*nomoestática*).

13. Quanto ao aspecto formal, a constitucionalidade de uma norma pode ser examinada sob a existência de vício formal objetivo ou subjetivo. Isso significa que haverá vício formal objetivo quando o processo legislativo previsto pela Constituição Federal não vier a ser observado. E, haverá vício formal subjetivo (inconstitucionalidade formal orgânica) quando a competência para a proposta legislativa não guardar concordância com o quanto disposto pela Carta Magna.

14. No caso específico, patente a legitimidade e a competência do Chefe do Executivo Federal para expedir o ato. Conforme a redação do artigo 84, IV da Constituição Federal, cabe ao Presidente da República *sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*.

15. A Exposição de Motivos explicitou aspectos fundamentais do ato normativo em destaque:

[...].

2. Com o avanço do conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, é esperada proposta de atualização de marco regulatório que alinhe o desejo do desenvolvimento econômico e a proteção do patrimônio ambiental e espeleológico, binômio que representa o desenvolvimento sustentável.

3. A proposta contempla uma atualização enquanto uniformidade, efetividade e fluidez esperadas no processo de licenciamento ambiental, visando o seu fortalecimento e viabilidade.

4. Para tanto, há necessidade de melhoria dos fluxos do licenciamento e de mais segurança técnica na metodologia de classificação do grau de relevância de cavidades e formas de compensação de impactos.

5. Nesse sentido, a melhoria conceitual quanto aos atributos de classificação das cavidades naturais subterrâneas, a adoção de atualizada técnica metodológica e redacional, melhoria do processo de classificação e reclassificação do grau de relevância das Cavidades, com a

adoção de técnicas adequadas neste processo que normalizem divergências entre diversos órgãos licenciadores, com regramento definido para a compensação, podem propiciar o desejado e feito previsto pelo desenvolvimento sustentável.

6. Entre as principais propostas está a possibilidade de instalação e operação de empreendimentos e/ou atividades na área de influência de cavidade natural subterrânea, desde que sua instalação ou operação mantenha o equilíbrio ecológico e a integridade física da cavidade.

16. É importante observar que, nos termos da jurisprudência pacífica e amplamente consolidada do Supremo Tribunal Federal, quando diante de um Decreto do Poder Executivo, será possível admitir a hipótese de vício de inconstitucionalidade apenas em relação aos *Decretos Autônomos*; jamais em relação aos *Decretos Regulamentares*. Estes, segundo a Suprema Corte, poderiam ostentar apenas vício de legalidade (quando afrontarem a lei que pretendem regulamentar). Em outra hipótese, caso a própria lei regulamentada preveja o dispositivo que supostamente afronte o texto constitucional, então, fala-se em vício de inconstitucionalidade da própria lei, e não do Decreto Regulamentar.

17. Veja-se um precedente emblemático a respeito do tema:

ADI 1538DF

EMENTA : - DIREITO CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ARTIGOS 2º E 3º DO DECRETO Nº 1.350, DE 28.12.1994 : CONSELHO DELIBERATIVO DO SEBRAE. ARTIGO 84, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O Decreto nº 1.350, de 28.12.1994, dispõe sobre a participação, no Conselho Deliberativo do SEBRAE, de entidades representativas de micro e empresas de pequeno porte.

2. Visou o Decreto a regulamentar o art. 10 da Lei nº 8.029, de 12.04.1990, com a redação dada pela Lei nº 8.154, de 28.12.1990, como nele está expresso.

3. Trata-se, pois, de Decreto meramente regulamentar. E não autônomo, como sustenta o autor.

4. Se, nos dispositivos impugnados, entrou em conflito com a Lei regulamentada, poderá ter incidido em ilegalidade. Não, diretamente, em inconstitucionalidade.

5. Em situações como essa, pacífica é a jurisprudência do S.T.F., no sentido de não admitir Ação Direta de Inconstitucionalidade de Decreto regulamentar, que desrespeite ou afronte a Lei regulamentada, podendo eventuais interessados valerem-se da via própria, na instância judiciária competente, para provocar o controle difuso de legalidade.

6. Ação não conhecida, prejudicado o requerimento de medida cautelar.

18. Ainda sobre esse aspecto, importa referir que o Decreto nº 6.640 de 07 de novembro de 2008, que promoveu alterações no pioneiro Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, que regulava a matéria, foi submetido ao escrutínio do STF, por meio da ADI 4218-DF, proposta pela PGR, ação esta que não foi admitida pelo Supremo, considerando que haveria, no máximo, eventual malferimento reflexo à Carta Republicana. A despeito desse rechaço, o julgado foi importante para aferir o cariz regulamentar do ato normativo em questão. Convém transcrever sua ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PODER REGULAMENTAR(ART. 84, IV, DA CONSTITUIÇÃO). DECRETO QUE ESTABELECE PARÂMETROS E CRITÉRIOS PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS POTENCIALMENTE NOCIVOS AO PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO BRASILEIRO. FARTA DISCIPLINA LEGAL. EVENTUAL OFENSA CONSTITUCIONAL MERAMENTE REFLEXA OU INDIRETA. INAPLICABILIDADE AO CASO DO ART. 225, § 1º, III, DA CARTA MAGNA. EXIGÊNCIA DE LEI APENAS PARA A ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DE ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS, SITUAÇÃO DIVERSA DO CASO SUB JUDICE. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O patrimônio espeleológico nacional goza de proteção legal, assim como encontra farta regulamentação em Lei o licenciamento ambiental de atividades potencialmente nocivas às cavidades naturais subterrâneas. Artigos 3º, 16, 17 e 19 da Lei nº 7.805/89. Lei nº 8.876/94. Artigos 2º, II e IX, 3º, V, 4º, III, e 10 da Lei nº 6.938/81. Art. 36 da Lei nº 9.985/2000. Artigos 2º, IV, 3º, V, 4º, VII, 9º, IV, 10, 11, 12 e 17-L da Lei nº 6.938/81.

2. É cediço na doutrina que “a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 336).

3. O art. 225, § 1º, III, da Constituição somente exige a edição de lei para a alteração ou supressão de um espaço territorial delimitado de especial proteção ambiental, previamente criado por ato do poder público, este precedido de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade.

4. O *thema iudicandum sub judice* revela: (i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por fito a impugnação de Decreto Presidencial que determina a classificação das cavidades naturais subterrâneas brasileiras de acordo com o seu grau de relevância, definindo parâmetros para o licenciamento ambiental de empreendimentos que possam afetar tais

recursos naturais; (ii) o próprio Decreto nº 99.556/90, nos seus *consideranda*, registra ser editado tendo em vista o disposto na Lei nº 6.938/81, a qual define que são recursos ambientais o subsolo e o solo, tratando do licenciamento ambiental para a proteção desses recursos nos artigos 9º, IV, 10, 11, 12 e 17-L; (iii) nenhum dispositivo do Decreto atacado realiza a alteração ou supressão de um espaço territorial especialmente protegido, bem como não se determina que as Unidades de Conservação existentes devem ser desprezadas no bojo do licenciamento ambiental de que trata o mencionado regulamento; (iv) conforme dispõe o art. 28 da Lei nº 9.985/2000, “São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos”, sendo que eventual descumprimento dessa proibição no caso concreto deverá ser combatido pelas vias ordinárias, e não em sede abstrata.

5. A alegação de que o Executivo desbordou dos lindes da sua competência regulamentar resolve-se no plano da legalidade, não avançando à seara constitucional senão reflexa ou indiretamente. Precedentes (ADI 2243, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2000, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL- 02113-02 PP-00255; ADI 1900 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/1999, DJ 25-02-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00157; ADI 2626, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004, DJ 05-03-2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-03 PP-00354; ADI 1670, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2002, DJ 08-11-2002 PP-00021 EMENT VOL-02090-02 PP-00315).

6. Agravo conhecido e desprovido.

19. O Decreto nº 10.935/2022 define, quanto ao tratamento conferido às cavidades classificadas com grau de relevância máximo em áreas passíveis de licenciamento ambiental, uma série de condições protetivas para que o órgão ambiental licenciador, exclusivamente no caso de **empreendimentos e atividades de utilidade pública para os quais inexistem alternativa técnica e locacional viável e desde que não gere a extinção de espécie**, exerça a sua competência para a avaliação dos impactos previstos no âmbito do licenciamento do empreendimento e defina os parâmetros do licenciamento ambiental, bem como as devidas compensações e preservação de cavidades testemunho com atributos ambientais similares.

20. O Código Florestal plasmado na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, define que atividades são consideradas de utilidade pública:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...].

VIII - utilidade pública: ([Vide ADC Nº 42](#)) ([Vide ADIN Nº 4.903](#))

a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, [gestão de resíduos](#), energia, telecomunicações, radiodifusão, [instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais](#), bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; ([Vide ADC Nº 42](#)) ([Vide ADIN Nº 4.903](#))

c) atividades e obras de defesa civil;

d) atividades que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais referidas no inciso II deste artigo;

e) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal;

21. Além de alinhado com a legislação posta, o Decreto garante a adequação dos conceitos tendo em conta os atuais conhecimentos sobre o tema, a uniformidade de tratamento, a eficácia dos processos, a desejada fluidez do licenciamento ambiental (assegurada a competência e a discricionariedade técnica dos órgãos ambientais) e a segurança técnica e jurídica para a devida aplicabilidade das normas, destacando-se que não há qualquer redução das proteções conferidas às cavernas com graus de relevância alto, médio e baixo, sendo mantida a devida compensação ambiental, entre outras condicionantes e requisitos.

22. Repise-se que a eventual intervenção em cavidades de relevância máxima só ocorrerá no caso de **empreendimentos e atividades de utilidade pública para os quais inexistem alternativa técnica e locacional viável e desde que não gere a extinção de espécie, além da apresentação, pelo empreendedor, de cavidade com atributos similares (cavidade testemunho), sob o crivo do órgão ambiental competente**.

23. Aqui, cabe alguma digressão sobre o sempre o suscitado princípio da precaução, pretensamente desconsiderado na norma objurgada.

24. O princípio da precaução, no Direito Ambiental, que é eminentemente principiológico, tornou-se um dos mais invocados nos debates sobre sustentabilidade. Ele já está sedimentado tano doutrinária, quanto normativamente, especialmente em atos internacionais endossados pelo Brasil. Note-se: na Declaração da Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável foi feita uma

proposição definida como "a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados". De forma específica, assim diz o Princípio 15: *"Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental"*.

25. Esse princípio consta também de outros atos internacionais, por exemplo a Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, como sendo um princípio ético e implica que a responsabilidade pelas futuras gerações e pelo meio ambiente deve ser combinada com as necessidades antropocêntricas do presente. No Preâmbulo da CDB lê-se o seguinte: "observando também que, quando exista uma ameaça de redução ou perda substancial da diversidade biológica, não deve ser invocada a falta de completa de certeza científica como razão para adiar a tomada de medidas destinadas a evitar ou minimizar essa ameaça".

26. Nos artigos 10 e 11 do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, o Princípio da Precaução é mencionado como:

"a ausência de certeza científica devida à insuficiência das informações e dos conhecimentos científicos relevantes sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais de um organismo vivo modificado na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica na Parte importadora, levando também em conta os riscos para a saúde humana, não impedirá esta Parte, a fim de evitar ou minimizar esses efeitos adversos potenciais, de tomar uma decisão, conforme o caso, sobre a importação do organismo vivo modificado".

27. A par de se constituir importante ferramenta de gestão e tutela do meio ambiente, e uma 'estrela' ao lado do Princípio da Prevenção, o da Precaução, também empregado na proteção à saúde e à vida, não é uma panaceia, ou um instrumento coringa para escudar toda e qualquer lacuna de conhecimento técnico-científico, ou servir de colchão às incertezas e dúvidas que assaltam os técnicos e gestores que lidam com questões ambientais, especialmente quando diante da necessidade, ou dever, de liberar (licenciar), ou não, atividades potencialmente danosas à higidez ambiental e humana.

28. Há que se empregar o bom senso, a razoabilidade e mesmo a proporcionalidade na tomada de decisão, mormente se se trata do desenvolvimento de atividades econômicas que não comportam, por exemplo, cogitar-se de alternativa locacional, como é o caso da exploração de potenciais de energia hidrelétrica, da mineração. O princípio deve ser empregado com comedimento e e sobriedade.

29. Gabriel Wedy, Juiz Federal e Professor de Direito Ambiental na Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, em interessante artigo sob o título CUSTO-BENEFÍCIO DEVE PAUTAR PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO (Revista Consultor Jurídico), assere:

A doutrina crítica ao princípio da precaução, proveniente da Chicago University, capitaneada por Cass Sunstein [agora professor na Harvard University], conseguiu indiscutível relevo no plano internacional em face das críticas ao princípio da precaução e a sua aplicação que, segundo ela, muitas vezes, é procedida quando não deveria sê-lo e não é feita quando precisaria sê-lo. Sumariamente, o escólio de Sunstein se sustenta no fato de que o aplicador do princípio da precaução deve fazer a análise do custo benefício da medida no sentido de que os benefícios da aplicação do princípio da precaução devem ser maiores que os seus malefícios estando justamente aí o grande mérito de sua obra marcada pela publicação de *Laws of Fear* e o mais recente *Worst-Case Scenarios*. Com efeito, deve o Estado ter critérios e parâmetros para a aplicação do princípio da precaução para que não ocorra o (chamado por Sunstein em artigo) *The Paralyzing Principle*, que decorre da aplicação equivocada do princípio da precaução. Referido artigo trata da aplicação indiscriminada do princípio da precaução que, sob a mera alegação de riscos remotos, acaba causando mais prejuízos financeiros e sociais do que benefícios ao meio ambiente e à saúde pública ao paralisar atividades.

(disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-23/gabriel-wedy-custo-beneficio-pautar-principioprecaucao#author.-acesso em 01/06/2020>)

30. Ainda sobre o princípio ora em destaque, a Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 8, n. 1, 2018, publicou o ensaio (p. 158-189) **A incógnita ambiental do princípio da precaução**, de Pedro Sampaio Minassa, do qual reproduzo excertos de sua parte conclusiva, que serve para acrescentar pontos de reflexão acerca do uso de dito princípio, que deve pautar-se, como já referido, pela análise custo-benefício, com o emprego da razoabilidade, da proporcionalidade e do bom senso:

(...).Dos diversos doutrinadores a abordarem o tema em voga, alguns dos quais aqui referenciados, julgamos essencial destacar, enfim, duas posições conclusivas: primeiro, de Carla Amado, que observa o fenômeno da incógnita ambiental da precaução, como uma "desubstancialização do princípio (que) reforça a tese da sua consunção pela prevenção" e, segundo, Ricardo Lorenzetti, ao concluir seu capítulo sobre o tema, ponderando: "a precaução é mais intensa em casos em que há riscos de origem humana, não renováveis, com uma incerteza que supera o cálculo de probabilidades e a difusão racional do custo [...] o princípio estabelece uma prioridade quase absoluta da tutela antecipatória".

Ao fim e ao cabo, desta busca por compreender a utilidade teórica e a eficácia pragmática

do princípio da precaução no direito ambiental e, de alguma forma, levantar o véu de incertezas que o cobre, **conclui-se pela falta de rentabilidade, satisfação ou utilidade do princípio da precaução, ao que o campo latente do meio ambiente requer**. Nessa acepção, um produto criativo das preleções de Lorenzetti reveste o princípio da precaução de uma espécie metafórica de “paradigma da ancoragem”. Segundo ele,

a ciência e o progresso têm as virtudes do navegante que se aventura em mares desconhecidos. [...] Os valores e bens coletivos são as estrelas que guiam o navegante. É uma ancoragem nos valores, de ir mais devagar para não arruinar tudo o que temos que deixar para quem continuará no uso dos bens ambientais. Como epílogo desta investigação, indaga-se afinal, aos idealizadores deste princípio, a seguinte máxima do poeta pré-modernista brasileiro Augusto dos Anjos: (E a precaução...) “De onde ela vem?! De que matéria bruta vem essa luz, que sobre as nebulosas cai de incógnitas criptas misteriosas, como as estalactites numa gruta?”

31. **A NOTA TÉCNICA Nº 4/2022/DDSMM/SGM** (seq. 29) ofertada pela Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral deste Ministério, traz apontamentos fundamentais de mérito acerca da concepção do decreto objurgado. Convém transcrever algumas passagens.

[...].

4.8. Nesse contexto, o patrimônio espeleológico nacional foi ampliado significativamente após 2008, quando haviam 6 mil cavernas conhecidas no Brasil. Dados de 2020 indicam mais 21 mil cavernas conhecidas e a expectativa é que esse número continuará crescendo, a partir de todas as medidas protetivas e compensatórias definidas no atual Decreto.

4.9. A necessidade de alteração do decreto de cavidades publicado em 2008 não é recente, sendo uma demanda de diversos setores, alinhada com a evolução tecnológica e ampliação do conhecimento espeleológico.

4.10. Cabe ressaltar que a edição do Decreto nº 10.935/2022 é resultado de ampla discussão dos Ministérios do Meio Ambiente - MMA, de Minas e Energia - MME, da Infraestrutura - MINFRA e da Economia - ME, da Casa Civil da Presidência da República, bem como do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e do Instituto Chico Mendes da Biodiversidade - ICMBIO, incluindo o Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas - CECAV. O novo decreto resulta de discussões iniciadas em 2019, foram, portanto, três anos de discussões embasadas em avanços científicos dos últimos treze anos.

4.11. As áreas técnicas envolvidas concluíram que a proposta normativa possibilita a modernização da legislação protetiva de cavidades, alinhada com as crescentes preocupações nacionais e internacionais de proteção do meio ambiente e alicerçada em sólida base conceitual e regulatória, permitindo o desenvolvimento sustentável de determinados setores estratégicos para a economia alinhado à preservação do capital natural do País.

4.12. Assim, a elaboração do Decreto nº 10.935/2022 foi embasada em vários estudos técnicos e científicos publicados, em especial a partir do decreto de 2008, sobre a evolução das técnicas de monitoramento espeleológicos e da evolução do conhecimento do patrimônio espeleológico nos últimos anos, e em levantamentos e comparativos internacionais desenvolvidos pelo Ministério das Relações Exteriores -MRE, além dos dados disponíveis no Cadastro Nacional de Informações Espeleológicas - Canie, bem como consultoria técnica de especialistas.

4.13. O referido normativo buscou a melhoria conceitual dos atributos de classificação das cavidades naturais subterrâneas e do processo de classificação e reclassificação do grau de relevância das cavidades, regramento para a compensação, entre outros, os quais propiciarão o desenvolvimento sustentável e a conservação ambiental.

4.14. Ademais, o Decreto nº 10.935/2022 define, quanto ao tratamento conferido às cavidades classificadas com grau de relevância máximo em áreas passíveis de licenciamento ambiental, uma série de condições protetivas para que o órgão ambiental licenciador, exclusivamente no caso de empreendimentos de utilidade pública para os quais inexistem alternativa técnica e locacional viável e desde que não gere a extinção de espécie, exerça a sua competência para a avaliação dos impactos previstos no âmbito do licenciamento do empreendimento e defina os parâmetros do licenciamento ambiental, bem como as devidas compensações e preservação de cavidades testemunho com atributos ambientais similares de forma a conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação dos recursos naturais.

32. Tem-se que mesmo as alterações inseridas pelo Decreto nº 6.640/2008, não mitigaram as vedações impostas pelo ato normativo originário (Decreto nº 99.556, de 1990), de modo que a regulamentação ora sob exame, mais condizente com a realidade presente, calcada no conhecimento e nas melhores técnicas e práticas atuais, vai no sentido de garantir a preservação de cavidades cujos atributos naturais, culturais e de outra ordem recaiam sobre aquelas ocorrências que ensejam e justificam - de fato - a sua preservação e conservação, mas sem perder de vista a exploração de recursos naturais e o exercício de atividades essenciais e necessárias ao desenvolvimento econômico e social do País, em bases sustentáveis, de acordo com os mandamentos constitucionais.

33. Mais um excerto bastante elucidativo constante da **NOTA TÉCNICA Nº**

4.20. Pontua-se, ainda, que a proteção de cavidades no Brasil compreende diversos mecanismos que incluem, entre outros, criação de unidades de conservação cujo objetivo seja de proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural, conforme disciplinado no Art. 4º da Lei do SNUC. E somente em Unidades de Conservação, existem mais de 7 mil cavidades identificadas. Esse sistema está inteiramente mantido, visto que a norma não altera ou suprime qualquer espaço territorial concebido como de especial proteção ambiental, destacado na Constituição Federal e na Lei do SNUC.

4.21. As cavidades, nos termos do art. 20 da Constituição Federal, enquanto fenômeno da natureza, integram o patrimônio ambiental brasileiro, estando, portanto, sujeitas ao regime legal de uso e conservação. Portanto, ao fazer parte do meio natural, devem ser avaliadas como parte de um ecossistema, de forma sistêmica e integrada.

34. Por oportuno e pertinente, impõe-se abordar o aspecto relativo aos ditames constitucionais que cingem o Estado brasileiro, previstos no Título I – Dos Princípios Fundamentais, em que se destaca, sem por isso entender-se mais importante, a previsão constante do art. 3º, II e III, que elenca como objetivos fundamentais da República a garantia do desenvolvimento e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais.

35. Não é de outra índole a diretriz estabelecida no título VII – Da ordem Econômica e Financeira, ao estabelecer os princípios que norteiam a atividade econômica, que não dispensa a observância das questões de natureza humana e social que devem presidir o processo de desenvolvimento.

36. Guilherme Amorim Campos da Silva, no seu Direito ao Desenvolvimento (2004, 66) assevera:

“O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furtar a agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental”.

37. O certo é que tanto o meio ambiente quanto o desenvolvimento são direitos fundamentais que hão de ser promovidos, patrocinados e satisfeitos por todos, setor público, setor privado, sejam empreendedores, instituições financeiras, ONGs, associações, a sociedade em geral.

38. Nessa senda, e tendo em conta o quanto já assinalado nesta manifestação, convém reportar alguns apontamentos lançados na Ementa do Acórdão exarado no julgamento da ADI 4092-DF, referente ao questionamento de inúmeros dispositivos do atual Código Florestal, que dizem, especialmente, com certos princípios suscitados na presente demanda e nas discussões que permeiam o chamado desenvolvimento sustentável.

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), abusar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc.

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de “desenvolvimento sustentável”, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de

condições estáticas ou de equilíbrio.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes.

16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico enceram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. "Environmental Law". In: Handbook of Law and Economics. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507)

[...].

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

39. Essas, Senhora Consultora Jurídica, as informações a serem levadas à apreciação da Consultoria-Geral da União, em atenção ao **OFÍCIO n. 00011/2022/CONSUNIAO/CGU/AGU**.

À vossa consideração.

Brasília, 07 de fevereiro de 2022.

MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA

Advogado da União

Documento assinado eletronicamente por MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 816064422 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA. Data e Hora: 08-02-2022 22:10. Número de Série: 4807177144525227846. Emissor: AC CAIXA PF v2.
