

ANÁLISE JURÍDICA

Talden Farias¹

EMENTA: Análise da nota técnica sobre o Projeto de Lei n. 3.729/2004 (Projeto de Lei Geral de Licenciamento Ambiental). Necessidade de mais discussão pública. Debate sobre terras indígenas homologadas e não homologadas. Hipóteses de manifestação da FUNAI e a consulta dos povos indígenas. Condicionantes do licenciamento ambiental. Responsabilidade ambiental das instituições financeiras.

Relatório

A Dra. Ana Carolina Naves Dias Barchet, Ilustríssima Presidente da Comissão Nacional de Direito Ambiental, nos solicitou a análise e manifestação acerca do processo n. 49.0000.2021.004547-1.

Trata-se, na realidade, de análise da nota técnica elaborada pela Comissão Especial de Defesa dos Povos Indígenas sobre o Projeto de Lei n. 3.729/2004 (Projeto de Lei Geral de Licenciamento Ambiental).

Essa nota técnica elaborada pela Comissão Especial de Defesa dos Povos Indígenas sobre o Projeto de Lei n. 3729/2004 levantou 7 (sete) questionamentos:

- 1 O projeto de lei foi aprovado na Câmara dos Deputados sem debate público
- 2 O Projeto de lei é inconstitucional quando cria distinção entre terras indígenas homologadas em terras indígenas não homologados
- 3 O projeto de lei discriminatório quando concede tratamento a propriedades e posses rurais em regularização mais benéfico do que os direitos e comunidades indígenas situados em terras indígenas em processo de demarcação
- 4 O projeto exclui a área de influência indireta da manifestação da FUNAI sobre estudo impacto ambiental e relatório de impacto ambiental e demais estudos, planos, programas e projetos ambientais relacionados a licença ambiental
- 5 A manifestação da autoridade envolvida não dispensa a consulta dos povos indígenas.

¹ Advogado, consultor jurídico e professor de Direito Ambiental da graduação e da pós-graduação da UFPE e da UFPB. Link para o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4382739797562529>.

6 As normas sobre condicionantes são insuficientes para proteção dos povos indígenas

7 O regime de responsabilidades contraria normas e as boas práticas internacionais de responsabilidade social e vai contra a própria política do banco Central acerca de risco climático

Ao final, foram feitas 5 (cinco) recomendações:

1 O aprofundamento da discussão do PL por meio da realização de audiências públicas, tramitação as comissões temáticas e ampla participação de especialistas e grupos afetados pela matéria, com especial atenção aos povos indígenas

2 A exclusão de qualquer diferenciação entre terras indígenas, em especial seja erradicada a distinção entre terras indígenas homologadas e não homologadas, e que existindo impacto ambiental sobre terra indígena a autoridade envolvida deverá se manifestar

3 Recomenda que seja feito o licenciamento para qualquer atividade efetiva ou potencialmente poluidora em terras indígenas, sendo imprescindível a manifestação da FUNAI e a consulta dos povos indígenas afetadas, tanto quando ocorrer impactos ambientais diretos como indiretos

4 A manutenção de condicionados flexíveis para que as circunstâncias socioambientais de cada empreendimento sejam adequadamente tratadas, recomendando-se por isso a exclusão do art. 13, § 1º, parte final, e o art. 13, §§ 2º e 5º em sua integralidade.

5 A impossibilidade de exclusão da responsabilidade instituição financeira em realizar a devida diligência acerca do respeito aos direitos humanos sobre as atividades que financia, recomenda-se a exclusão do art. 54.

É o relatório.

Fundamentação

Em vista do que foi exposto, vamos nos manifestar acerca dos questionamentos levantados, com o foco voltado às recomendações feitas.

A respeito da falta de debate público quanto ao projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados (questionamento 1 e recomendação 1), cuida-se de alegação parcialmente verdadeira.

É que os debates ocorridos não trataram da versão que foi aprovada, de forma que o princípio da participação não foi adequadamente contemplado, uma vez que houve mudanças significativas no texto.

Sendo assim, merece acolhimento a sugestão de aprofundamento da discussão sobre o Projeto de Lei n. 3729/2004 no âmbito do Senado, o que deverá ser dar por meio da realização de audiências públicas, tramitação nas comissões temáticas e participação de notórios especialistas na matéria e dos povos indígenas.

A respeito da inconstitucionalidade na criação de distinção entre terras indígenas homologadas em terras indígenas não homologados (questionamento 2 e 3 e recomendação 2), cuida-se de alegação que não pode ser desconsiderada.

Segundo o art. 231 da Constituição Federal, os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Isso implica dizer que para fins ambientais, haja vista os princípios da prevenção e da precaução, não parece fazer sentido a distinção entre terras indígenas demarcadas e homologadas.

Logo, merece acolhimento a sugestão de exclusão de diferenciação entre terras indígenas para fins de licenciamento ambiental, fazendo com que possa haver a participação da FUNAI e dos povos indígenas no processo.

Também é preciso um tratamento equilibrado entre as propriedades e posses rurais em regularização e as terras indígenas em processo de demarcação

A respeito da exclusão da a área de influência indireta da manifestação da FUNAI sobre estudo impacto ambiental e relatório de impacto ambiental e demais estudos, planos, programas e projetos ambientais relacionados a licença ambiental, bem como da manifestação da autoridade envolvida e a consulta dos povos indígenas (questionamentos 4 e 5 e recomendação 3), isso deve acontecer em razão do princípio da participação.

Qualquer atividade que gere ou que possa gerar impactos ambientais está sujeito ao licenciamento ambiental, nos termos do que determina o art. 10 da Lei n. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), seja em terra indígena ou não.

A FUNAI tem o direito e o dever de se manifestar em qualquer licenciamento ambiental que gere ou que possa gerar impactos ambientais sobre os povos indígenas ou as suas terras, ainda que sejam impactos indiretos.

Embora essa autarquia não seja órgão licenciador, até por não fazer parte do SISNAMA, ela tem condições de contribuir para aperfeiçoar o licenciamento ambiental dentro da sua matéria de interesse.

Contudo, cumpre dizer que essa manifestação possui o caráter de contribuição, já que a decisão de conceder ou não a licença ambiental pertence ao órgão ambiental competente.

Por outro lado, é evidente que a manifestação da FUNAI não tem o condão de substituir a consulta dos povos indígenas, consoante dispõe a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Em vista disso, é pertinente a recomendação para que seja feito o licenciamento de qualquer atividade efetiva ou potencialmente poluidora em terras indígenas, sendo imprescindível a manifestação da FUNAI e a consulta dos povos indígenas afetados.

A respeito da insuficiência das normas sobre condicionantes para a proteção dos povos indígenas (questionamento 6 e recomendação 4), a nota técnica questiona os seguintes dispositivos do art. 13 da versão do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados:

*Art. 13. O gerenciamento dos impactos e a fixação de condicionantes das licenças ambientais devem atender à seguinte ordem de objetivos prioritários:
(...)*

§ 1º As condicionantes ambientais devem ser proporcionais à magnitude dos impactos ambientais da atividade ou do empreendimento identificados nos estudos requeridos no licenciamento ambiental, bem como apresentar fundamentação técnica que aponte seu nexos causal com esses impactos, e não se prestam a mitigar ou a compensar impactos ambientais causados por terceiros e em situações nas quais o empreendedor não possua ingerência ou poder de polícia.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º deste artigo, as condicionantes ambientais não devem ser utilizadas para:

I – mitigar ou compensar impactos ambientais causados por terceiros, situação em que o equacionamento se efetua por meio de políticas ou serviços públicos de competência originária de outros órgãos ou entidades;
II – suprir deficiências ou danos decorrentes de omissões do poder público.

(...)

§ 5º As condicionantes estabelecidas no licenciamento ambiental não podem obrigar o empreendedor a manter ou a operar serviços de responsabilidade do poder público.

(...)

Não parece razoável a exigência de medidas compensatórias não diretamente relacionadas aos impactos ambientais causados pela atividade efetiva ou potencialmente poluidora, uma vez que é preciso configurar a existência do nexos de causalidade.

O licenciamento ambiental tem por objetivo verificar a compatibilidade dos projetos apresentados do ponto de vista da legislação ambiental, e não promover políticas públicas.

A exigência de apresentação de fundamentação técnica apontando o nexos causal entre as condicionantes exigidas e os impactos ambientais correspondentes visa apenas promover segurança jurídica para os empreendedores.

É importante destacar que essa questão já foi tratada na Lei n. 13.874 (Lei da Liberdade Econômica – LLE), que dispõe sobre a impossibilidade de exigência de

compensações abusivas, descabidas ou desproporcionais em matéria de Direito Ambiental e de Direito Urbanístico:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

(...)

XI – não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendida como aquela que:

a) (VETADO);

b) requeira medida que já era planejada para execução antes da solicitação pelo particular, sem que a atividade econômica altere a demanda para execução da referida medida;

c) utilize-se do particular para realizar execuções que compensem impactos que existiriam independentemente do empreendimento ou da atividade econômica solicitada;

d) requeira a execução ou prestação de qualquer tipo para áreas ou situação além daquelas diretamente impactadas pela atividade econômica; ou

e) mostre-se sem razoabilidade ou desproporcional, inclusive utilizada como meio de coação ou intimidação; e

É possível sim se exigir as chamadas condicionantes sociais, a exemplo da prestação de serviços na área de educação ou de saúde, desde que os impactos sociais a serem compensados ou mitigados guardem pertinência direta com a atividade poluidora.

Seria o exemplo de uma grande atividade minerária que em poucos anos quadruplicaria a população de um pequeno Município do interior da Amazônia, não é absurdo que se exija dessa empresa a ampliação da infraestrutura sanitária na medida do impacto que deverá ser gerado por ela.

Dessa forma, não merece acolhida a recomendação para a exclusão do art. 13 § 1º, parte final, e o art. 13, § § 2º e 5º em sua integralidade, embora talvez seja interessante ressaltar a possibilidade de exigência de condicionantes sociais quando os impactos a serem compensados sejam oriundos da atividade em questão.

Por fim, a respeito da alegação de que o regime de responsabilidades contraria as normas e as boas práticas internacionais de responsabilidade social e vai contra a própria política do Banco Central acerca de risco climático (questionamento 7 e recomendação 5), é importante destacar que a instituição financeira deve se certificar de que a empresa está com a licença ambiental válida e que essa licença diz respeito ao objeto do financiamento.

A obrigação da instituição financeira é se certificar da regularidade e da validade do licenciamento ambiental, uma vez que a existência de uma licença ambiental válida gera a presunção de correção e de adequação ambiental do empreendimento.

Não cabe a ela exercer a fiscalização ou fazer o controle ambiental da atividade, já que esse é o papel dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, conforme estabelece a Lei Complementar n. 140/2011.

Com efeito, a responsabilidade civil ambiental é objetiva, mas tal fato não tem o condão de eliminar a necessidade do nexo de causalidade entre o dano e a ação do poluidor.

Deve-se ter cautela extrema no manejo do conceito do poluidor indireto, sob pena de se transformar o requisito do nexo de causalidade em um conceito indeterminado amplo, variável ao sabor do intérprete.

Como alertam Paulo de Bessa Antunes e Elizabeth Alves Fernandes em relação às instituições financeiras, mas cujas razões são universalizáveis a todos os poluidores indiretos:

Ademais, ao prever a possibilidade de responsabilização de agentes indiretos, a lei esgarça o requisito do nexo de causalidade em um conceito jurídico indeterminado, sem que, todavia, estabeleça os limites para esse esgarçamento. Essa ação é particularmente inapropriada para a responsabilização ambiental irrestrita de instituições financeiras.²

Entretanto, a inobservância da regularidade do licenciamento ambiental não deve gerar a responsabilidade subsidiária da instituição financeira, e sim a responsabilidade solidária, já que nessa hipótese ele teria financiado a degradação ambiental sem cumprir as suas obrigações mínimas necessárias.

Realmente, se a responsabilidade do poluidor indireto está prevista na Lei n. 6.938/1981, e se a doutrina e a jurisprudência consagram a responsabilidade solidária, não faz sentido estipular o regime de responsabilidade subsidiária apenas para as instituições financeiras.

Destarte, não merece acolhida a recomendação para a exclusão do art. 54, sendo importante alterar o dispositivo (§ 2º) para trocar a responsabilidade subsidiária pela solidária, pois o descumprimento de sua obrigação legal não deve fugir à regra geral do sistema de responsabilização civil do Direito Ambiental.

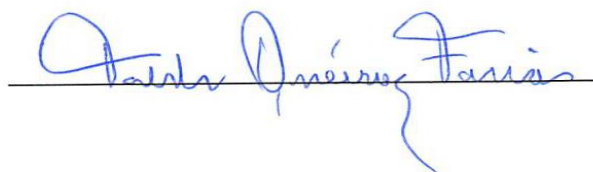
Considerações finais

Diante do que foi exposto, vem manifestar o seguinte diante das alegações e recomendações feitas na nota técnica elaborada pela Comissão Especial de Defesa dos Povos Indígenas sobre o Projeto de Lei n. 3.729/2004 (Projeto de Lei Geral de Licenciamento Ambiental): i) é pertinente a sugestão de aprofundamento da discussão sobre o Projeto de Lei n. 3.729/2004 no âmbito do Senado, o que deverá ser dar por meio da realização de audiências públicas, tramitação nas comissões temáticas e participação de notórios especialistas na matéria e dos povos indígenas;

² ANTUNES, Paulo de Bessa, FERNANDES, Elizabeth Alves. Responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 9, nº 1, p. 19-50, Brasília: BCB, jun. 2015, p. 30.

ii) é pertinente a sugestão de exclusão de diferenciação entre terras indígenas para fins de licenciamento ambiental, fazendo com que possa haver a participação da FUNAI e dos povos indígenas no processo; iii) é pertinente a recomendação para que seja feito o licenciamento de qualquer atividade efetiva ou potencialmente poluidora em terras indígenas, sendo imprescindível a manifestação da FUNAI e a consulta dos povos indígenas afetados; vi) não é pertinente a acolhida a recomendação para a exclusão do art. 13 § 1º, parte final, e o art. 13, § § 2º e 5º em sua integralidade, embora seja interessante ressaltar a possibilidade de exigência de condicionantes sociais quando os impactos a serem compensados sejam oriundos da atividade em questão; e v) não é pertinente a recomendação para a exclusão do art. 54, sendo importante alterar o dispositivo (§ 2º) para trocar a responsabilidade subsidiária pela solidária, pois o descumprimento de sua obrigação legal não deve fugir à regra geral do sistema de responsabilização civil do Direito Ambiental.

João Pessoa/PB, 01.06.2022



Talden Farias
OAB/PB 10.635 e OAB/PE-A 01.689