

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, verifico, preliminarmente, que a presente arguição atende aos requisitos necessários para o seu conhecimento.

De início, reconheço a legitimidade *ad causam* da requerente, uma vez que se trata de partido político com representação no Congresso Nacional, nos termos dos arts. 2º, I, da Lei 9.882/1999, e 103, VIII, da Constituição Federal.

Além disso, a ADPF é cabível sempre que tiver por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato de poder público e, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999).

O Decreto 10.935/2022, nessa linha, configura ato de poder público, o qual, ademais, ostenta grau de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade, que o torna apto a ser questionado por meio desta ADPF.

Veja-se, nessa direção, trecho da ementa do julgamento da ADI 2.321-MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, **pressupõe**, além da **autonomia jurídica** da deliberação estatal, **a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata**, bem assim de sua **impessoalidade**. Esses elementos – **abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade** – **qualificam-se como requisitos** essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de **eficácia subordinante** de comportamentos estatais ou de condutas individuais” (grifos no original).

Cito, ainda, fragmento da decisão liminar proferida na ADI 3.673/RJ, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que trata do conceito de ato normativo autônomo:

“[...] [o decreto] introduziu uma inovação unilateral. O SUPREMO, nesta hipótese, **admite ADIN contra Decreto. Há precedentes quando o DECRETO não for meramente regulamentador, ou seja, quando introduzir inovações normativas.** São os chamados ‘decretos autônomos’ (ADI 2.439/MS, Pleno, Rel. ILMAR GALVÃO, DJU 21.03.2002, ADI 2.155-MS/PR, Pleno, Rel. SYDNEY SANCHES)” (grifei).

Em sentido análogo, têm-se os seguintes julgados: ADI 5.543/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin; ADI 4.874/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber; ADI 4.105/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; ADI 2.439/MS, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão; ADI 1.383-MC/RS, de relatoria do Ministro Moreira Alves; e ADI 3.664/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

Diante de tais considerações, é possível constatar que o Decreto ora questionado introduziu consideráveis inovações na ordem jurídica vigente ao autorizar a exploração de cavidades naturais subterrâneas, inclusive com grau de relevância máxima – antes protegidas de impactos negativos irreversíveis – para a construção de empreendimentos considerados de utilidade pública. É, portanto, informado de conteúdo normativo equiparável a uma lei em sentido estrito.

Não se ignora que, no julgamento da ADI 4.218/DF, o Supremo Tribunal Federal foi provocado acerca da constitucionalidade do Decreto 6.640/2008, o qual promoveu alterações no antigo Decreto 99.556/1990, revogado pelo diploma aqui impugnado, concluindo que seria impossível considerá-lo um ato normativo autônomo, *verbis*:

“Diante da farta legislação sobre a matéria, **é impossível sustentar que o Decreto nº 6.640/2008 é um regulamento autônomo. Trata-se, sem dúvidas, de ato normativo secundário, editado pelo Executivo para esmiuçar e dar cumprimento aos parâmetros gerais previstos em Lei para a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional.**

Eventual divergência entre o Decreto regulamentar e a Lei, conforme remansosa jurisprudência desta Corte, resolve-se no plano da ilegalidade, inexistindo ofensa direta à Constituição.

Falece ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciar o conflito entre atos normativos primários e secundários em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade” (grifei).

O presente caso, contudo, é distinto. Diferentemente do Decreto 6.640/2008, que apenas regulamentou a proteção das cavidades naturais subterrâneas, garantindo a proteção daquelas classificadas com grau de relevância máxima, **o Decreto impugnado promoveu inovações normativas que autorizam a exploração econômica dessas áreas, reduzindo, em consequência, a proteção desse importante patrimônio ambiental. Suas disposições, a toda a evidência, ameaçam áreas naturais ainda intocadas ao suprimir a proteção até então existente, de resto, constitucionalmente assegurada.**

Registro, na sequência, que a presente arguição não esbarra no óbice processual do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, a qual trata do pressuposto negativo de admissibilidade, assim explicitado: “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Na linha do decidido nas ADPFs 390-AgR/DF (Rel. Min. Alexandre de Moraes) e 554-AgR/SP (Rel. Min. Luiz Fux), “o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser aferido, via de regra, em face das demais ações de controle abstrato”, de modo que, sem outro “meio eficaz de solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”, a ADPF é a via adequada.

A jurisprudência desta Suprema Corte revela-se precisa ao assentar que o princípio da subsidiariedade trata da inexistência de outro meio capaz de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata (vide ADPF 74/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ADPF 33/PA e ADPF 76/TO, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes).

Destarte, tenho por superado, na espécie, o requisito da subsidiariedade, uma vez que se está diante de: (i) ato emanado do poder público com aptidão para lesar preceitos fundamentais da ordem constitucional brasileira; e (ii) inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade do ato impugnado.

Por isso, preenchidos os pressupostos formais de admissibilidade, voto por conhecer desta arguição de descumprimento de preceito fundamental e passo ao exame do mérito.

Pois bem. Num exame perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que estão presentes os requisitos para o deferimento parcial da liminar, quais sejam: a presença de elementos que evidenciam a plausibilidade do direito invocado (tradicionalmente conhecida como *fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (o chamado *periculum in mora*).

No âmbito da plausibilidade jurídica do pedido, salta à vista que algumas das alterações trazidas pelo Decreto 10.935/2022, na prática, ensejam a possibilidade da exploração de cavidades naturais subterrâneas, sem maiores limitações, inclusive daquelas classificadas com o grau máximo de proteção, aumentando substancialmente a vulnerabilidade dessas áreas de interesse ambiental, até o momento áreas intocadas.

Relembro, por oportuno, que o Decreto 99.556/1990 conferia a todas as cavernas naturais no Brasil o tratamento de patrimônio cultural nacional. Depois, o Decreto 6.640/2008 estabeleceu uma classificação das cavidades naturais subterrâneas, tipificando-as como de relevância máxima, alta, média ou baixa, assegurando às primeiras proteção integral imediata. Vejamos o que determinava o art. 3º do antigo Decreto 99.556/1990, na redação dada pelo Decreto 6.640/ 2008:

“Art. 3º. A cavidade natural subterrânea com grau de relevância máximo e sua área de influência não podem ser objeto de impactos negativos irreversíveis, sendo que sua utilização deve fazer-se somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do seu equilíbrio ecológico” (grifei).

Ao tratar desse tema, o Decreto atacado nesta ADPF, dentre outros aspectos negativos, permite que cavernas classificadas como de máxima relevância sofram impactos irreversíveis, desde que cumpridas algumas condições, a meu ver incompatíveis – dada a sua conspícua vagueza –

com o imperativo de proteção desse patrimônio natural pertencente, não apenas aos brasileiros, mas à própria humanidade como um todo. Veja-se:

“Art. 4º **As cavidades naturais subterrâneas com grau de relevância máximo** somente **poderão ser objeto de impactos negativos irreversíveis** quando autorizado pelo órgão ambiental licenciador competente, no âmbito do licenciamento ambiental da atividade ou do empreendimento, desde que o empreendedor demonstre:

I - que os impactos decorrem de atividade ou de empreendimento de **utilidade pública**, nos termos do disposto na alínea “b” do inciso VIII do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012;

II - a inexistência de alternativa técnica e locacional viável ao empreendimento ou à atividade proposto;

III - a viabilidade do cumprimento da medida compensatória de que trata o § 1º; e

IV - que os impactos negativos irreversíveis não gerarão a extinção de espécie que conste na cavidade impactada.

[...]

Art. 6º Sem prejuízo do disposto nos art. 4º e art. 5º, **na área de influência de cavidade natural subterrânea, independentemente do seu grau de relevância, poderão existir empreendimentos e atividades**, desde que sua instalação ou operação mantenha o equilíbrio ecológico e a integridade física da cavidade” (grifei).

Como se vê, sem maiores dificuldades, o Decreto 10.935/2022 imprimiu um verdadeiro retrocesso na legislação ambiental pátria, ao permitir – sob o manto de uma aparente legalidade – que impactos negativos, de caráter irreversível, afetem cavernas consideradas de máxima relevância ambiental, como também a sua área de influência, possibilidade essa expressamente vedada pela norma anterior.

Convém notar, por relevante, que a área de influência de uma cavidade subterrânea constitui importante fonte de nutrientes dos ecossistemas subterrâneos, abrangendo bacias hidrológicas, consistindo, ademais, a circunscrição domiciliar de espécies responsáveis pela entrada de alimento nas cavernas, a exemplo dos morcegos.

Além disso, a nova regra faz menção – como um dos requisitos de admissibilidade para a exploração desses bens naturais – a demonstração de que os possíveis impactos adversos decorrerão de empreendimento considerado de “utilidade pública”, conceito juridicamente indeterminado, o qual confere, por sua amplitude e generalidade, um poder discricionário demasiadamente amplo aos agentes governamentais responsáveis pela autorização dessas atividades com claro potencial predatório.

Visto isso, recorro que direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) está intimamente relacionado com a ideia da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. Na lição do Ministro Celso de Mello:

“[...] o direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – [que] constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social” (MS 22.164/SP; grifei).

Acresce, ainda, que a proteção ao patrimônio cultural (art. 216, V, da CF) também ostenta o caráter de um direito fundamental na vigente Carta Magna. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *litteris*:

“Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco evolutivo em termos de reconhecimento e proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro. Reconheceu-se, a nível constitucional expresso, a necessidade de tutelar e salvaguardar o patrimônio histórico-cultural, enquanto direito fundamental de terceira geração, isto é, de titularidade difusa, não individualizado, mas pertencente a uma coletividade” (ACO 1.966 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; grifei).

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 que eventuais medidas legislativas e administrativas concernentes à temática venham sempre buscar a melhoria ou o aprimoramento desses valores fundamentais.

Em lição sobre o assunto, o constitucionalista português José Gomes Canotilho ensina que

“[o] princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”¹.

Nessa linha, no julgamento da ADI 4.717/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia), esta Suprema Corte afirmou que, segundo o mencionado princípio, atingido um dito “mínimo existencial socioambiental”, e sem que se iniba a relativa margem de discricionariedade ínsita à ação legislativa e administrativa em matéria de ecologia, não é possível admitir qualquer lesão ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

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

1 GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 1998, p. 320/321.

noção de que existem atividades humanas que devem ser reprimidos e sancionados antes mesmo que possam produzir danos.

A este respeito, rememoro trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 101/DF, em que se discutia a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados, onde consta o seguinte:

“O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza”.

Dito de outra maneira, não basta determinar o montante da indenização, é preciso exigir, em situações de risco, que sejam encontradas soluções que permitam agir com segurança, tendo em conta, inclusive, o interesse das gerações vindouras.

Em razão das considerações acima desfiadas, 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: (i) à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), (ii) à vida (art. 5º, *caput*, da CF), (iii) à saúde (art. 6º, *caput*, da CF), (iv) à proibição do retrocesso institucional e socioambiental (art. 1º, *caput* e III; art. 5º, XXXVI e § 1º; e art. 60, § 4º, IV, da CF); e também, de forma mais específica, ao direito à proteção ao patrimônio cultural, incluídos o histórico, científico, ecológico, arqueológico e paleontológico (art. 216, V, da CF), e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

Em acréscimo, entendo que o perigo na demora processual decorre do fundado receio de danos irreparáveis relacionados à revogação de normas protetivas dos ecossistemas e da biodiversidade das cavidades naturais subterrâneas e à inclusão de dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a exploração de cavernas com grau de

relevância máxima, inclusive nos casos de impactos negativos irreversíveis.

Segundo reportagem do Jornal da Universidade de São Paulo, o novo Decreto, o qual flexibiliza as regras de proteção a cavernas no Brasil, poderá destruir ecossistemas subterrâneos, que a natureza levou milhares de anos para esculpir, ao permitir, inclusive em cavernas de relevância máxima, empreendimentos considerados de utilidade pública, como estradas, hidrelétricas, obras de saneamento básico².

O geólogo Francisco William da Cruz Junior, professor do Instituto de Geociências da USP, em entrevista ao Jornal da referida Universidade, critica o Decreto 10.935/2002, afirmando que

“Se tudo isso for implementado, é uma clara ameaça a essas cavernas de relevância máxima.

[...]

As formações geológicas e as informações paleoambientais e paleoclimáticas preservadas nos espeleotemas de uma caverna, por exemplo, são específicas da região e do ambiente na qual ela se formou. Não existe medida compensatória para a destruição de uma caverna de relevância máxima”³.

Em sentido análogo, notas de repúdio foram apresentadas pela Sociedade Brasileira de Espeleologia (SBE)⁴ e pela Associação Nacional de Servidores da Carreira de Especialista de Meio Ambiente (Ascema Nacional)⁵.

A exploração das cavidades naturais subterrâneas, convém

2 Disponível em <https://jornal.usp.br/ciencias/ao-flexibilizar-regras-governo-abre-caminho-para-destruicao-de-cavernas/>. Acesso: jan. 2022 .

3 *Idem ibidem*.

4 Disponível em: <https://oeco.org.br/wp-content/uploads/2022/01/Nota-Publica-da-SBE-sobre-o-Decreto-10.935-2022.pdf>. Acesso: jan. 2022.

5 Disponível em <http://www.ascemanacional.org.br/decreto-federal-no-10-935-2022/>. Acesso: jan. 2022.

sublinhar, também pode provocar a destruição da fauna e da flora das cavernas e, conseqüentemente, ameaçar espécies em extinção e aumentar o risco à saúde humana com o potencial surgimento de novas epidemias ou até pandemias.

O coordenador do Centro de Estudos de Biologia Subterrânea da Universidade Federal de Lavras – UFLA, Rodrigo Lopes Ferreira afirma, em idêntico diapasão, que “impacto no habitat dos morcegos pode ter outra consequência tenebrosa: o surgimento de novas epidemias ou até pandemias, já que os morcegos são reservatórios de vírus, inclusive de variantes de coronavírus”⁶.

A exploração dessas áreas, ademais, tem o condão de ocasionar o desaparecimento de formações geológicas, marcadas por registros únicos de variações ambientais e constituídas ao longo de dezenas de milhares de anos, incluindo restos de animais extintos ou vestígios de ocupações pré-históricas. E não é só: os possíveis danos aos sítios arqueológicos abrigados nas cavernas podem, até mesmo, impactar negativamente o estudo da evolução da espécie humana.

O comprometimento dos recursos hídricos subterrâneos é, igualmente, um fator relevante relacionado ao fenômeno da seca, sobretudo nas regiões em que essas áreas são responsáveis pelo armazenamento de água, sendo úteis na recarga de aquíferos, rios subterrâneos e lençóis freáticos, que garantem o abastecimento de populações.

Consoante a bióloga Eleonora Trajano, Professora Titular do Departamento de Zoologia do Instituto de Biociências da USP, ao analisar as políticas de conservação das cavernas no Brasil, informa que

“[...] a política ambiental deve ser amplamente revista em seus fundamentos filosóficos, teóricos e práticos, desvinculando-se de interesses econômicos e encampando métodos robustos e cientificamente válidos, que permitam alcançar seus objetivos legítimos de preservação de amostras representativas da biodiversidade brasileira.

6 Disponível em <https://www.cedefes.org.br/canetada-de-bolsonaro-retira-protecao-das-cavernas-mais-importantes-do-brasil/>. Acesso: jan. 2022.

Em seu estado atual, tal política e ações derivadas estão muito longe do mínimo necessário para garantir a sobrevivência em médio e longo prazos dos remanescentes da magnífica diversidade original brasileira”⁷.

Em face de tudo quanto foi acima exposto, e considerando, especialmente, o **risco de danos irreversíveis às cavidades naturais subterrâneas e suas áreas de influência**, penso que se mostra de rigor o deferimento, em parte, da medida acautelatória pleiteada nesta ação.

Em conclusão, voto por referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para suspender, 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.

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, determinei o apensamento desta última à primeira para tramitação conjunta.

É como voto.

7 TRAJANO, Eleonora. Políticas de conservação e critérios ambientais: Princípios, conceitos e protocolos. *Estudos Avançados*. V. 24, 2010, p. 135-146.