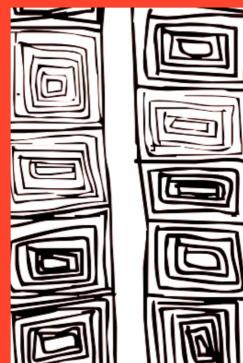
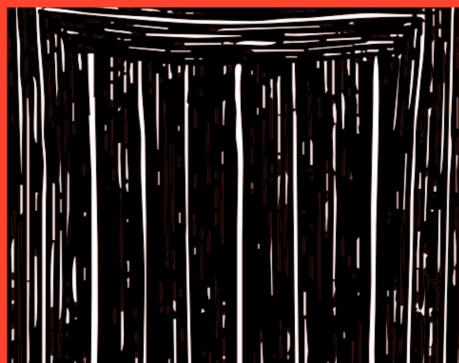


MANUAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS DIREITOS INDÍGENAS



6^a Câmara de Coordenação e Revisão

MPF
Ministério Pùblico Federal

**MANUAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS
DIREITOS INDÍGENAS**

Ministério Públíco Federal

Procuradora-Geral da Repúblíca

Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da Repúblíca

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do MPF

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do MPF

Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral

Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta

Eloá Todarelli Junqueira

Coordenador da 6^a Câmara de Coordenação e Revisão

Antônio Carlos Alpino Bigonha



Ministério Público Federal
6^a Câmara de Coordenação e Revisão

MANUAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Brasília, DF
MPF
2019

Coordenação e Organização

Luciano Mariz Maia

Felício Pontes Jr.

Pesquisadores

Carla Daniela Leite Negócio

Darlise Moura Castro

Sidney Santos Sales

Karla Nadla Alves

Capa

Artes dos povos Asuriní, Juruna, Waiãpi, Wayana e Xikrin, em “Arte e corpo: pintura sobre a pele e adornos de povos indígenas brasileiros” (Rio de Janeiro: Funarte, Inap, 1985)

Diagramação

Assessoria de Comunicação MPF/PA

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Telefone (61) 3105-5100

70050-900 – Brasília – DF

www.mpf.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B823m

Brasil. Ministério Pùblico Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6.

Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília : MPF, 2019.

920 p.

Disponível também em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/CCR6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao>

ISBN 978-85-85257-43-9

1. Índios – proteção – jurisprudência – Brasil. 2. População indígena – proteção – Brasil. 3. Cultura indígena – proteção – Brasil. 4. Reserva indígena – Brasil. 5. Demarcação de terras – Brasil. 6. Posse da terra – Brasil. 7. Educação indígena – Brasil. 8. Saúde indígena – Brasil. 9. Genocídio – Brasil. I. Brasil. Ministério Pùblico Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. III. Título.

CDDir 305.8

Sumário

Apresentação.....	15
1. Direito à Desintrusão da Terra Indígena.....	17
1.1. Jurisprudência Nacional.....	18
1.1.1. Resumo do Caso.....	18
1.1.2. Extratos do Acórdão.....	19
1.1.3. Acórdãos Correlatos.....	22
1.2. Jurisprudência Internacional.....	52
1.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	52
1.2.2. Resumo do Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil..	52
1.2.3. Extratos da Sentença.....	53
2. Direito à Permanência de Indígenas na Terra durante o Processo de Demarcação.....	70
2.1. Jurisprudência Nacional.....	71
2.1.1. Resumo do Caso.....	71
2.1.2. Extratos do Acórdão.....	72
2.1.3. Acórdãos Correlatos.....	79
3. Demora Excessiva na Demarcação de Terras Indígenas....	82
3.1. Jurisprudência Nacional.....	83
3.1.1. Resumo do Caso.....	83

3.1.2. Extratos do Acórdão.....	84
3.1.3. Decisões Correlatas.....	92
3.2. <i>Jurisprudência Internacional</i>	121
3.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	121
3.2.2. Resumo do Caso Povo Xucuru e seus Membros <i>vs.</i> Brasil. .	121
3.2.3. Extratos da Sentença.....	122
4. Nulidade dos Títulos de Propriedade sobre Terras Indígenas.....	138
4.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	139
4.1.1. Resumo do Caso.....	139
4.1.2. Extratos do Acórdão.....	140
4.1.3. Acórdãos Correlatos.....	150
4.2. <i>Jurisprudência Internacional</i>	155
4.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	155
4.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek <i>vs.</i> Paraguai.....	155
4.2.3 Extratos da Sentença.....	156
5. Direito à Revisão da Terra Indígena.....	167
5.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	168
5.1.1. Resumo do Caso.....	168
5.1.2. Extratos do Acórdão.....	169

5.1.3. Acórdãos Correlatos.....	184
6. Marco Temporal e Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol.....	195
<i>6.1. Jurisprudência Nacional.....</i>	196
6.1.1. Resumo do Caso.....	196
6.1.2. Extratos do Acórdão.....	197
6.1.3. Decisões e Acórdãos Correlatos.....	200
<i>6.2. Jurisprudência Internacional.....</i>	224
6.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	224
6.2.2. Resumo do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni <i>vs.</i> Nicarágua.....	224
6.2.3. Resumo do Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa <i>vs.</i> Paraguai.....	230
6.2.4. Resumo do Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek <i>vs.</i> Paraguai.....	242
7. Esbulho Renitente.....	252
<i>7.1. Jurisprudência Nacional.....</i>	253
7.1.1. Resumo do Caso.....	253
7.1.2. Extratos do Acórdão.....	254
7.1.3. Decisões Correlatas.....	263
<i>7.2. Jurisprudência Internacional.....</i>	284

7.2.1.	Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	284
7.2.2.	Resumo do Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa <i>vs.</i> Paraguai.....	284
7.2.3.	Resumo do Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek <i>vs.</i> Paraguai.....	292
8.	Direito à Preservação dos Lugares Sagrados.....	295
8.1.	<i>Jurisprudência Nacional.....</i>	296
8.1.1.	Resumo do Caso.....	296
8.1.2.	Extratos do Acórdão.....	297
8.1.3.	Acórdãos Correlatos.....	317
8.2.	<i>Jurisprudência Internacional.....</i>	333
8.2.1.	Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	333
8.2.2.	Resumo do Caso Saramaka <i>vs.</i> Suriname.....	333
8.2.3.	Extratos da Sentença.....	334
8.2.4.	Suprema Corte dos Estados Unidos.....	344
8.2.5.	Resumo do Caso Lyng <i>vs.</i> Northwest Indian Cemetery Protective Association.....	344
8.2.6.	Extratos da Decisão.....	346
9.	Inadequação de Mandado de Segurança para Tratar de Demarcação de Terra Indígena.....	354
9.1.	<i>Jurisprudência Nacional.....</i>	355

9.1.1.	Resumo do Caso.....	355
9.1.2.	Extratos da Decisão.....	356
9.1.3.	Decisões Correlatas.....	358
10.	Inadequação de Recurso Extraordinário para Tratar de Matéria Fática.....	370
10.1.	<i>Jurisprudência Nacional</i>	371
10.1.1.	Resumo do Caso.....	371
10.1.2.	Extratos do Acórdão.....	371
10.1.3.	Decisões Correlatas.....	374
11.	Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada.....	378
11.1.	<i>Jurisprudência Nacional</i>	379
11.1.1.	Resumo do Caso.....	379
11.1.2.	Extratos do Acórdão.....	381
11.1.3.	Acórdãos Correlatos.....	459
11.2.	<i>Jurisprudência Internacional</i>	484
11.2.1.	Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	484
11.2.2.	Corte Constitucional da Colômbia.....	525
11.2.3.	Resumo do Caso.....	525
11.2.4.	Extratos do Expediente T-4926682 - Sentencia SU-123/18....	526
12.	Direito ao Protocolo de Consulta Prévia.....	532

12.1. Jurisprudência Nacional.....	533
12.1.1. Resumo do Caso.....	533
12.1.2. Extratos do Acórdão.....	535
13. Arrendamento de Terras Indígenas.....	542
13.1. Jurisprudência Nacional.....	543
13.1.1. Resumo do Caso.....	543
13.1.2. Extratos do Acórdão.....	544
13.1.3. Acórdãos e Decisões Correlatas.....	554
14. Direito à Função Contramajoritária do Judiciário.....	573
14.1. Jurisprudência Nacional.....	574
14.1.1. Resumo do Caso.....	574
14.1.2. Extratos do Acórdão.....	574
15. Direito à Indenização por Dano Etnoambiental.....	589
15.1. Jurisprudência Nacional.....	590
15.1.1. Resumo do Caso.....	590
15.1.2. Extratos do Acórdão.....	591
15.1.3. Acórdãos Correlatos.....	618
15.2. Jurisprudência Internacional.....	637
15.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	637

15.2.2. Resumo do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku <i>vs.</i> Equador.....	637
15.2.3. Extratos da Sentença.....	637
16. Direito ao EIA/Rima no Licenciamento de Pequena Central Hidrelétrica que Impacta Terra Indígena.....	645
16.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	646
16.1.1. Resumo do Caso.....	646
16.1.2. Extratos do Acórdão.....	647
16.1.3. Acórdãos Correlatos.....	656
16.2. <i>Jurisprudência Internacional</i>	664
16.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	664
16.2.2. Resumo do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku <i>vs.</i> Equador.....	664
16.2.3. Extratos da Sentença.....	664
17. Direito ao Licenciamento Federal de Obra que Afeta Terra Indígena.....	668
17.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	669
17.1.1. Resumo do Caso.....	669
17.1.2. Extratos do Acórdão.....	670
17.1.3. Acórdãos Correlatos.....	675

18. Impossibilidade de Perda do Objeto da Ação por Conclusão de Obra.....	693
<i>18.1. Jurisprudência Nacional.....</i>	<i>694</i>
18.1.1. Resumo do Caso.....	694
18.1.2. Extratos do Acórdão.....	695
18.1.3. Acórdãos Correlatos.....	698
19. Direito à Saúde Indígena – Princípios da Eficiência, da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes.....	709
<i>19.1. Jurisprudência Nacional.....</i>	<i>710</i>
19.1.1. Resumo do Caso.....	710
19.1.2. Extratos do Acórdão.....	711
19.1.3. Acórdãos Correlatos.....	736
20. Direito à Saúde em Terra Indígena Não Demarcada.....	750
<i>20.1. Jurisprudência Nacional.....</i>	<i>751</i>
20.1.1. Resumo do Caso.....	751
20.1.2. Extratos do Acórdão.....	752
20.1.3. Acórdãos Correlatos.....	756
<i>20.2. Jurisprudência Internacional.....</i>	<i>764</i>
20.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	764
20.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek <i>vs.</i> Paraguai.....	764

20.2.3. Extratos da Sentença.....	765
21. Direito à Educação.....	771
21.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	772
21.1.1. Resumo do Caso.....	772
21.1.2. Extratos do Acórdão.....	773
21.1.3. Acórdãos Correlatos.....	787
21.2. <i>Jurisprudência Internacional</i>	797
21.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	797
21.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai.....	797
21.2.3. Extratos da Sentença.....	798
22. Direito ao Salário-Maternidade.....	806
22.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	807
22.1.1. Resumo do Caso.....	807
22.1.2. Extratos do Acórdão.....	808
22.1.3. Acórdãos Correlatos.....	820
23. Direito à Intervenção do MPF, Funai e União Previamente à Decisão Liminar.....	832
23.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	833
23.1.1. Resumo do Caso.....	833
23.1.2. Extratos do Acórdão.....	834

23.1.3. Acórdãos Correlatos.....	840
24. Furto de Madeira de Terra Indígena ou do Entorno (Penal)...	849
24.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	850
24.1.1. Resumo do Caso.....	850
24.1.2. Extratos do Acórdão.....	851
24.1.3. Acórdãos Correlatos.....	858
25. Garimpo em Terras Indígenas (Penal).....	869
25.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	870
25.1.1. Resumo do Caso.....	870
25.1.2. Extratos do Acórdão.....	871
25.1.3. Acórdãos Correlatos.....	874
26. Genocídio (Penal).....	891
26.1. <i>Jurisprudência Nacional</i>	892
26.1.1. Resumo do Caso.....	892
26.1.2. Extratos do Acórdão.....	893
26.1.3. Acórdãos e Votos Correlatos.....	896
26.2. <i>Jurisprudência Internacional</i>	910
26.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	910
26.2.2. Resumo do Caso Plan de Sánchez <i>vs.</i> Guatemala.....	910
26.2.3. Extratos da Sentença.....	910

Apresentação

Este Manual é uma coletânea de decisões judiciais sobre os temas mais caros aos povos indígenas do Brasil nos últimos trinta anos. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma. Reconheceu o Brasil como um país pluriétnico e multicultural (arts. 231 e 232). Portanto, adotou a Doutrina Pluralista ou da Autodeterminação.

O advento da nova Doutrina rompeu com a anterior, chamada de Integracionismo ou Assimilacionismo, que tinha como propósito “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (art. 1º, Lei nº 6.001/73). Essa integração era a negação da cultura indígena, o que deve ser interpretado como a negação da própria etnia. A integração anula a preservação.

Portanto, comportamento diferente seria considerado comportamento impróprio, o qual deveria ser suprimido com vistas à integração dos povos indígenas a uma única civilização possível: a europeia.

Este Manual coleta as decisões judiciais sob o manto da nova Doutrina. Seus capítulos são temas de Direito Indígena, os quais são introduzidos a partir de um resumo do caso escolhido

como paradigma. Após, surgem o acórdão paradigma e as decisões correlatas. Ao fim, quando existente, é mencionada a jurisprudência internacional, tendo como prioridade a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de cujo sistema o Brasil é integrante.

A obra demonstra a existência de um Judiciário atento aos novos tempos, mas ainda em evolução, com vistas a reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (Convenção nº 169/OIT).

Boa leitura!

Luciano Mariz Maia
Vice-Procurador-Geral da República

Felício Pontes Jr.
Procurador Regional da República

1. Direito à Desintrusão da Terra Indígena

"A REOCUPAÇÃO DA OUTRA PARTE DO TERRITÓRIO TRADICIONAL VAI NOS PERMITIR CONTINUAR RETOMANDO NOSSA CULTURA PORQUE VAMOS TER ACESSO AOS LOCAIS ONDE NOSSOS ANTEPASSADOS VIVIAM EM GRANDES ALDEIAS E PODIAM FREQUENTAR OS MELHORES LUGARES DE CAÇA, PESCA, DE COLETA E DE PLANTIO."

BERNARDINO REALINO IRANTXE

(POVO IRANTXE/MANOKI/MT)

1.1. Jurisprudência Nacional

1.1.1. Resumo do Caso

Desintrusão é a retirada do que é intruso. É o “ato ou efeito de retirar de um imóvel quem dele se apossou ilegalmente ou sem autorização do proprietário. Frequentemente, o termo se refere à retirada de ocupantes ilegais de áreas reconhecidas e regularizadas como sendo terras indígenas, reservas ambientais, territórios quilombolas ou de outros povos e populações tradicionais.”¹

A Terra Indígena Karajá de Aruanã I/GO encontrava-se ocupada por não indígenas que edificaram casas e outras benfeitorias. Diante desse quadro, a Fundação Nacional do Índio (Funai) e a União ingressaram com ação civil pública, objetivando a *desintrusão* da Terra Indígena em 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da possível indenização das benfeitorias de boa-fé; do ressarcimento dos prejuízos causados por danos ambientais; e, da anulação de eventuais títulos de propriedade incidentes sobre a área.

Os réus na ação (ocupantes não-indígenas) pretendiam a manutenção na área até o pagamento da indenização pelas benfeitorias de boa-fé. Não lograram êxito. Tanto em primeira instância,

1 <https://pt.wiktionary.org/wiki/desintrus%C3%A3o>. Acesso em 17.Dez.2018.

quanto no Tribunal Regional Federal - 1^a Região (TRF-1), a decisão foi no sentido da imediata *desintrusão* e indenização pelos danos ambientais.

1.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL LOCALIZADO DENTRO DE ÁREA INDÍGENA. TERRA INDÍGENA KARAJÁ DE ARUANÃ I. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. TÍTULO REFERENTE AO IMÓVEL. NULIDADE. ART. 231, §§ 4º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A ocupação, pelos réus, do imóvel localizado dentro da Terra Indígena Karajá de Aruanã I, encontra-se devidamente comprovada por meio de prova pericial e testemunhal produzida nos autos, razão pela qual se afasta a alegação de ilegitimidade passiva de um dos réus, ao argumento de que foi contratado apenas para edificação na área, não sendo morador, proprietário ou cessionário.

2. Este Tribunal, apreciando a questão concernente ao procedimento demarcatório da Terra Indígena Karajá de Aruanã I, já se pronunciou pela sua legalidade e constitucionalidade, à consideração de que: "7. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto 1.775/96. 8. Assim, firmada a constitucionalidade do Decreto 1.775/96, que estabelece o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, não há que se falar em vício do processo, por quanto observado, in casu , o que preceitua o referido diploma. 9. No Decreto 1.775/96, não há previsão legal de obrigatoriedade de publicação por parte da administração dos nomes de todos os interessados, pelo que se afasta a alegação de descumprimento da legislação que determinava a intimação pessoal dos interessados. 10. O STF entendeu não ser possível a aplicação da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao processo demarcatório de terras indígenas, tendo em conta que o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) é legislação específica a regulamentar o mencionado procedimento administrativo, o que afasta a incidência de qualquer outra norma de natureza geral. 11. A existência de propriedade, devida-

mente registrada, compreendida em centro urbano, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.” (TRF da 1^a Região: AC n. 0000662-38.2001.4.01.3500/GO - Relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia - e-DJF1 de 30.08.2013, p. 1.346).

3. Demonstrado que o imóvel dos réus encontra-se dentro da terra indígena, a anulação dos títulos referentes à área é medida que se impõe, ressalvando-se, como o fez a sentença apelada, a indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, a teor do disposto nos §§ 4º e 6º do art. 231 da Constituição Federal.

4. Não encontra qualquer amparo legal a pretensão de que os apelantes sejam mantidos no imóvel, condicionando-se o cumprimento efetivo do julgado, até indenização dos réus pelas benfeitorias realizadas de boa fé, mormente no caso, em que tais benfeitorias dizem respeito apenas a uma das residências, sendo que os réus também foram condenados a pagar indenização suficiente para restituir a área ao status quo ante, ponto da sentença contra o qual não se insurgiram os recorrentes.

5. Sentença confirmada.

6. *Apelação desprovida. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.(AC 0002834-11.2005.4.01.3500, DESSEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:11/05/2018) (grifos nossos)*

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

1.1.3. Acórdãos Correlatos

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA APYTEREWA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA DO OCUPANTE NA TERRA INDÍGENA, ATÉ O CUMPRIMENTO DE ACORDO PARA REASSENTAMENTO. PREScriÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PERMANÊNCIA. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS BENEFÉRIAS. OCUPANTE DE BOA-FÉ. DIREITO AO REASSENTAMENTO. CLIENTE DA REFORMA AGRÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. *Hipótese em que a parte autora não se insurge contra a demarcação da terra indígena, mas objetiva permanecer na área até o cumprimento de acordo mediante o qual a Funai indenizaria as benfeitorias de boa-fé, e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) providenciaria o reassentamento dos ocupantes, não se verificando a ocorrência da prescrição de que trata o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, visto que ajuizada a ação quando não transcorridos cinco anos desde a assinatura do aludido acordo.*
2. *Reformada a sentença, no ponto, para afastar a prescrição.*
3. *No mérito, mantém-se a sentença no ponto que julgou improcedente o pedido de permanência no imóvel, visto que, ao que consta dos autos, o imóvel ocupado pela parte apelante foi considerado terra indígena em regular processo administrativo, não podendo eventual mora da Administração no pagamento das benfeitorias de boa-fé, e, quanto ao reassentamento, serem causas impeditivas da ordem de desocupação imediata.*
4. *Diante do reconhecimento administrativo de ser o ocupante terceiro de boa-fé, bem como cliente da reforma agrária, faz jus ao pagamento de indenização e ao reassentamento em Programa de Reforma Agrária, em face da Nota Conjunta assinada*

pelo Ministro da Justiça, Presidente da FUNAI e Presidente do INCRA que estabeleceu uma série de medidas a serem adotadas pelos órgãos públicos, visando fornecer condições para a pacífica desocupação dos residentes da TI Apyterewa, competindo à FUNAI elaborar uma lista dos ocupantes não índios, com o consequente pagamento da indenização pelas benfeitorias aos ocupantes de boa-fé e ao INCRA viabilizar o assentamento dos clientes do Programa Nacional de Reforma Agrária.

5. Não há inovação recursal, uma vez que a inicial formulou pedidos cumulativos, destinados a assegurar não apenas o direito de permanência na área enquanto não implementadas as condições do acordo, bem com o próprio cumprimento das obrigações ali reconhecidas.

4. Sentença reformada, em parte.

5. Apelação parcialmente provida para afastar a prescrição e reconhecer o direito à indenização e ao reassentamento. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação. (AC 0002883-20.2013.4.01.3905, JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:27/07/2018) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. TERRA INDÍGENA KARAJÁ DE ARUANÃ I. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Os autores ajuizaram ação ordinária contra a UNIÃO e a FUNAI com o objetivo de ver anulados todos os atos administrativos (processos administrativos, portarias, decretos e ofícios) que ensejaram a homologação da demarcação da terra indígena KARAJÁ DE ARUANÃ I.*
2. *Ao que se apura nos autos, o MM. Juiz Federal a quo, ao apreciar os requerimentos de oitiva de testemunhas, de expedição de ofício ao IPHAN e de realização de perícia, considerou que a ação civil pública nº 1998.003575-3 conexa a este feito, na qual o Ministério Público Federal pretendia a conclusão da identificação e demarcação da reserva indígena Karajás de Aruanã (I, II e III), abarcou praticamente a totalidade das solicitações apresentadas pela parte autoral. Ponderou que é viável a cogitação da produção de provas somente no que se refere à análise do cumprimento da legislação pertinente ao processo de demarcação da terra indígena Karajás de Aruanã I, delimitando a lide.*

3. Segundo o preceito insculpido pelo art. 131 do CPC, a prova se dirige ao juiz condutor do feito, a quem compete, com exclusividade, aquilatar sua necessidade e valor probante.
4. “No sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção, não cabe compeli-lo a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, o que ocorreu no presente caso” (STJ, AgRg no Ag n. 1.403.694/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22/08/2011). Agravo retido desprovido.

(...)

6. Por decisão saneadora, limitou-se o âmbito da controvérsia às eventuais irregularidades formais no processo de demarcação da área indígena em questão. Nenhuma das partes impugnou a decisão saneadora nesse ponto, razão pela qual ela foi alcançada pela preclusão (arts. 471 e 473, CPC), do modo que não restou configurado o cerceamento de defesa, já que encontra-se nos autos a cópia integral do procedimento administrativo demarcatório.

7. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto 1.775/96.
8. Assim, firmada a constitucionalidade do Decreto 1.775/96, que estabelece o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, não há que se falar em vício do processo, por quanto observado, *in casu*, o que preceitua o referido diploma.
9. No Decreto 1.775/96, não há previsão legal de obrigatoriedade de publicação por parte da administração dos nomes de todos os interessados, pelo que se afasta a alegação de descumprimento da legislação que determinava a intimação pessoal dos interessados.
10. O STF entendeu não ser possível a aplicação da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao processo demarcatório de terras indígenas, tendo em conta que o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) é legislação específica a regulamentar o mencionado procedimento administrativo, o que afasta a incidência de qualquer outra norma de natureza geral.

11. *A existência de propriedade, devidamente registrada, compreendida em centro urbano, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.*
12. *Agravo retido desprovido. Apelações desprovidas. Sentença confirmada.(TRF da 1^a Região: AC n. 0000662-38.2001.4.01.3500/GO – Relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia – e-DJF1 p.1346 de 30/08/2013)*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA INDÍGENA APYTEREWA. TERRAS DECLARADAS DE OCUPAÇÃO IMEMORIAL PELOS ÍNDIOS PARAKANÃ. PORTARIA 2.581/2004, QUE SUBSTITUIU A PORTARIA 1.192/2001, NULA POR VÍCIO FORMAL. DEMARCAÇÃO HOMOLOGADA. ÁREA INVADIDA POR NÃO-ÍNDIOS. RESISTÊNCIA À ORDEM DE DESOCUPAÇÃO. CF, ART. 231, CAPUT, §§ 1º, 2º E 6º. LEVANTAMENTO FUNDIÁRIO. NÃO ULTIMAÇÃO QUE NÃO INFLUIU NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO. RESOLUÇÃO 220/2011/FUNAI. ATOS ADMINISTRATIVOS FUNDADOS NA ILEGAL PORTARIA 1.912/2001/MJ. LIMINAR CONCEDIDA NA RECLAMAÇÃO 12.516/PA, PROPOSTA PERANTE O STJ. ANÁLISE DAS OCUPAÇÕES DE BOA-

FÉ PARA PAGAMENTO DE BENFEITORIAS INDENIZÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO LIMITE TEMPORAL REPRESENTADO PELA PORTARIA 2.581/2004/MJ. OBRIGATORIEDADE.

1. Pretendem o Ministério Público Federal e a FUNAI, por meio de ação civil pública, a desocupação da Terra Indígena Apyterewa, cuja área de pouco mais de 773.000 hectares, situada nos Municípios de Altamira e São Félix do Xingu - PA, há muito foi invadida por não-índios, os quais tentaram impedir a autarquia de concluir a respectiva demarcação, tendo criado, desde então, toda sorte de embaraços ao pleno usufruto da área pelos índios Parakanã.

2. A Portaria 1.192/2001/MJ, que inicialmente declarara a área de ocupação imemorial indígena, foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança 8241/DF (Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 14/12/2002, p. 183), pois resultante de procedimento maculado por vício formal. Seguiu-se, então, com a devida observância de todas as formalidades impostas pelo Decreto nº 1.775/96, novo processo de demarcação, tendo este culminado com a edição da Portaria nº 2.581/2004/MJ, que finalmente declarou a área de posse perma-

nente dos Parakanã, autorizando a FUNAI a realizar a delimitação para posterior homologação pelo Presidente da República.

3. Iniciados os trabalhos, a equipe encarregada de realizar a demarcação física das terras viu-se obrigada a suspendê-los devendo à forte oposição de terceiros não-índios que ali se estabeleceram, tentando impedir o cumprimento do quanto determinado administrativamente no tocante à fixação das estremas.

4. A Constituição Federal em seu artigo 231, caput, §§ 1º e 2º, assegura aos índios a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais das terras que tradicionalmente ocupam, assim consideradas aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para sua atividade produtiva e as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar, observado os aspectos físico e cultural.

5. A garantia da posse das terras imemorialmente ocupadas pelos índios é assegurada desde a Constituição de 1934, valendo salientar que a ordem constitucional vigente estabelece que são nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas (CF, art. 231, § 6º). Daí ter o ato de demarcação administrativa índole

meramente declaratória. Noutras palavras, os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, constitucionalmente reconhecidos e não simplesmente outorgados, "com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF)" (STF, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Brito, DJe 25/092009; RTJ 212, pp. 49).

6. Publicado, em 2007, o decreto homologatório da demarcação, os réus, firmes no propósito de resistir à ordem de desocupação, argumentam com a ausência de finalização do levantamento fundiário referido no art. 2º do Decreto nº 1.775/1996, mas trata-se de matéria a ser discutida em ação própria. Efetivamente, tramitou perante o Juízo da Subseção Judiciária de Marabá/PA a ação declaratória nº 2005.39.01.001733-3/PA, que

objetivava a anulação do ato demarcatório da área indígena Apyterewa, mas a sentença ali exarada, já transitada em julgado, rejeitou o pedido inicial, afastando qualquer dúvida quanto à legalidade da delimitação do imóvel, sobre cujo processo administrativo a alegada não-finalização de levantamento fundiário não tem influência, a par de envolver interesses meramente pecuniários de eventuais ocupantes, circunstância que não se presta a infirmar um direito originário com assento constitucional.

7. A não ultimação do cadastro de ocupantes irregulares, para efeito de avaliação de benfeitorias indenizáveis, não pode ser imputada à FUNAI, cuja equipe sempre se deparou, como amplamente demonstrado nos autos, com as mais variadas e constantes formas de oposição à realização da própria delimitação física da reserva.

8. O reconhecimento da imemorialidade da ocupação da Terra Indígena Apyterewa e respectiva demarcação não impediram que se desse continuidade aos estudos fundiários. Tanto é assim que a FUNAI editou a Resolução nº 220, de 29/08/2011. O ato desafiou a Reclamação 12.516/PA, proposta perante o Superior Tribunal de Justiça, onde se obteve decisão liminar, uma vez que os atos da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias da FUNAI vinham sendo embasados na Portaria 1.192/2001.

9. A liminar concedida na Reclamação 12.516/PA não impede a apreciação da controvérsia, desde que respeitado o limite temporal representado pela aludida Portaria 2.581/2004. Ou seja, considera-se como marco referencial, para efeito de levantamento das ocupações de boa-fé pelos não-índios e pagamento de benfeitorias indenizáveis, a Portaria 2.581/2004.

10. Apelação parcialmente provida, apenas para estabelecer que, para efeito de análise das ocupações de boa-fé pelos não-índios e pagamento de indenizações, serão consideradas indenizáveis as benfeitorias implantadas até a publicação da Portaria 2.581/2004. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação. (AC 0000339-52.2005.4.01.3901, DESEMBAR-GADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:07/04/2014 PAGINA:146) (grifos nossos)

1. Não se discute, nesta ação civil pública promovida contra posseiros e pretensos proprietários qualquer obrigação legal de que seja sujeito passivo o Estado de Mato Grosso. Vale dizer, não há nenhuma relação jurídica controvertida que atinja a esfera do referido ente federativo direta ou indiretamente.

2. Não têm os réus sem título de propriedade nenhum direito em face do Estado de Mato Grosso, independentemente da solução a ser dada à lide, posto se tratarem de meros invasores da área, inexistindo possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória contra o referido ente federativo, por conta de precedente alienação. Referidos réus simplesmente invadiram a área por vontade própria porque se auto-intitularam detentores do direito de ali serem assentados em processo de reforma agrária. Não o fizeram por conta do Estado de Mato Grosso, portanto, nada poderão alegar em face deste.

3. A solução a ser dada ao pedido de intervenção do Estado de Mato Grosso não é diversa, mesmo considerando a existência de alguns pretensos proprietários no polo passivo da ação, os quais poderiam, em tese, ajuizar futuramente ação indenizatória contra o referido ente federativo em decorrência da citada alienação. Ora, doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que não basta o interesse econômico para justificar a intervenção de terceiros na lide; é preciso que haja interesse jurídico para tanto.

4. Nessa mesma linha de compreensão destaco trecho do Acôrdão da lavra da eminentíssima Desembargadora Federal Selene Almeida acerca da intervenção de terceiros como assistente na Petição n. 2005.01.00.048156-7/MT, onde restou consignado que

“a assistência supõe interesse jurídico, não podendo ser admitido como assistente simples ou litisconsorcial quem revele unicamente interesse político e econômico” [TRF/1^a Região, Quinta Turma, DJ 05/10/2005, p. 57].

5. A legitimidade do Ministério Público Federal para proposição da ação civil pública decorre diretamente da Constituição Federal, sendo certo que dentre as suas funções institucionais compreende-se a prerrogativa de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, incisos III e V, CF).

6. A ação civil pública permite a postulação de tutela de qualquer natureza, seja condenatória, declaratória, constitutiva, ou mandamental. No caso em exame, a controvérsia está centrada na alegação de indevida ocupação de terras indígenas, que são bens da União por força de norma constitucional, revelando a pretensão ministerial um mecanismo de defesa do patrimônio público com destinação especial, materializada na formulação de providências judiciais perfeitamente compatíveis com a natureza da ação. Não impressiona a existência de pedido de desintrusão da área, que é mera consequência do pedido principal, consistente na proibição de

qualquer pessoa exercer ilicitamente a posse de área pública.

(...)

8. *Desnecessária a produção de uma prova que de antemão se revela imprestável, conforme acentuado pela própria parte que se diz interessada na sua realização. Nessas circunstâncias, deve-se entender que a insistência manifestada no sentido de sua efetivação denuncia um propósito meramente protelatório, atitude que deve ser combatida vigorosamente pelo juiz da causa.*

9. *Além disso, na hipótese, a prova documental existente nos autos supre a necessidade dos depoimentos requeridos, fornecendo todos os elementos necessários para análise das alegações das partes, não sendo o caso de se pronunciar a nulidade processual sem a comprovação de prejuízo.*

(...)

11. *A citação por edital encontra respaldo no artigo 231, inciso I, do Código de Processo Civil, sempre que o réu seja desconhecido ou incerto. No caso sob exame, não se pode olvidar que está se tratando da invasão de parte de uma área com mais de cento e sessenta mil hectares, por centenas de pessoas. Algumas*

puderam ser identificadas por ocasião da propositura da ação, outras não. Nesse contexto, a atividade jurisdicional não pode ficar a mercê da perfeita individualização de cada um dos ocupantes do imóvel, sendo bastante que se promova a citação editalícia.

12. *O Ministério Público Federal cumpriu rigorosamente os cânones da lealdade processual a que estava obrigado, indicando no polo passivo um rol imenso de pessoas, não sendo razoável exigir que pudesse fazê-lo em relação a todos os ocupantes. Evidente que um processo de ocupação costuma sofrer constantes mutações, de modo que a cada dia pode haver uma nova relação de pessoas na área litigiosa.*

(...)

14. *De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e veracidade, possuindo natureza declaratória e força auto-executória (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello e PET n. 3.388-4 RR, Rel. Min. Carlos Britto).*

15. *Nessa linha de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o Decreto Presidencial de 11/12/1998, que ho-*

mologou a demarcação administrativa realizada pela FUNAI encontra-se em pleno vigor, não tendo sido contrastado por nenhum dos atuais ocupantes do imóvel, nem mesmo por aqueles que se apresentam como proprietários, pois a ação foi ajuizada antes de sua edição.

16. *O pedido de reconhecimento judicial da demarcação efetivada pela FUNAI, assim como a declaração de nulidade do título de propriedade da LIQUIFARM AGROPECUARIA SUIÁ-MISSÚ, restaram prejudicados, porque referidas providências já decorrem diretamente do próprio Decreto Presidencial de 11/12/1998, que declarou a área objeto da ação como terra indígena, incorporando-a de forma definitiva no rol dos bens da União, nos termos do artigo 20, inciso XI da Constituição Federal, de modo que o direito de propriedade da União declarado pelo ato administrativo em análise reveste-se dos requisitos de inalienabilidade e indisponibilidade, sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras identificadas, nos termos do § 6º do artigo 231, da Constituição Federal.*

17. *Noutras palavras, na medida em que a União editou o ato declaratório de que se trata, o título de propriedade expedido em favor da LIQUIFARM AGROPECUÁRIA SUIÁ-MISSÚ S/A, registrado no Município e Comarca de São Felix do Ara-*

guaia/MT, no que for coincidente com a área demarcada pela Portaria nº 363/93, do Ministério da Justiça, objeto da homologação presidencial, restou nulo e extinto, nos exatos contornos do § 6º, do artigo 231, da Constituição Federal.

18. Não procede a invocação da peculiar proteção conferida por Registro Torrens em favor dos réus, pois, a toda evidência, inexistente título de propriedade a ser protegido por essa modalidade de registro cartorial, que somente poderia produzir as consequências alegadas caso não fosse nulo e sem qualquer efeito jurídico o suposto título de propriedade, forjado sobre área de ocupação tradicional por comunidade indígena.

19. Do mesmo modo, não produzem efeitos jurídicos quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação e a posse sobre referidas terras, as quais se destinam à posse permanente da respectiva comunidade indígena, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, consoante artigo 231, e parágrafos, da Constituição Federal.

(...)

22. O Laudo Pericial Antropológico, fartamente instruído por documentos históricos, corrobora as assertivas contidas no Parecer da FUNAI, não deixando margem a

nenhuma dúvida de que a comunidade indígena Xavante Marãiwatséde foi despojada da posse de suas terras na década de sessenta, a partir do momento em que o Estado de Mato Grosso passou a emitir título de propriedade a não-índios, impulsionados pelo espírito expansionista de “colonização” daquela região brasileira.

23. As provas dos autos revelam, escandalosamente, as condutas espúrias praticadas pelos dirigentes da Agropecuária Suiá-Missú, no ano de 1966, quando promoveram uma verdadeira expulsão dos indígenas de suas terras. Primeiro submetendo-os a extrema necessidade de sobrevivência, em função da acentuada degradação ambiental, que resultou na drástica redução dos meios de subsistência e posterior alocação dos mesmos em uma pequena área alagadiça onde ficaram expostos a inúmeras doenças.

24. Em seguida, dissimulando os atos de violência num suposto espírito humanitário, articularam a transferência da comunidade indígena Xavante Marãiwatséde para a Missão Salesiana de São Marcos para, alguns anos depois, requerem junto à FUNAI uma certidão atestando a inexistência de aldeamento indígena nas referidas terras, a fim de respaldar a obtenção de financiamento junto à SUDAM.

25. Pode-se até admitir a asserção de que não havia mais índios naquelas terras por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas não se pode negar a verdade de que isto se deu em razão da referida expulsão, urdida maliciosamente pelos dirigentes da Agropecuária Suiá-Missu, na década de sessenta. Talvez não houvesse índios naquelas terras no ano de 1988, mas decerto que ainda havia a memória de seus antepassados, traduzida no “sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”, no dizer do Min. Carlos Britto, no julgamento do caso que ficou conhecido como “Raposa Serra do Sol” [PET n. 3.388/RR].

26. Nesse contexto, restou claro que a posse de todos os Réus sobre a área objeto do litígio é ilícita, e de má-fé, porque sabedores de que se tratava de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Xavante Maraiwatséde, tanto que assim fora reconhecido posteriormente por ato do Presidente da República. Logo, trata-se de posse ilícita, e de má-fé, sobre bem imóvel da União, circunstância da qual não decorre nenhum direito de retenção.

27. Ficam superadas as decisões monocráticas que concederam efeito suspensivo ao presente recurso, ante o seu julgamento de mérito, de modo que os Autores estão autorizados a adotar as

providências necessárias ao cumprimento do julgado, observadas as diretrizes processuais pertinentes, até porque o Decreto Presidencial que homologou a demarcação da área possui força auto-executória, consoante consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e se encontra em pleno vigor.

28. *A execução do julgado não dispensa a realização de estudos adequados a serem procedidos pela FUNAI e pela UNIÃO, através de seus órgãos estratégicos, tendo em vista a necessidade de evitar o acirramento do conflito na área litigiosa, a fim de que o cumprimento do julgado seja feito na perspectiva de causar o menor sacrifício possível para as partes envolvidas, circunstância que será equacionada pelo douto juízo federal encarregado do cumprimento da decisão.*

29. *Remessa oficial parcialmente provida, apenas para excluir a condenação do INCRA, que não faz parte da relação processual.*

30. *Apelações dos Réus não providas. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para excluir a condenação do INCRA, que não faz parte da relação processual, e negou provimento às apelações dos réus, nos termos do voto do Relator.*
(AC 0053468-64.2007.4.01.0000, JUIZ FEDERAL PEDRO

FRANCISCO DA SILVA (CONV.) , TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:22/11/2010 PAGINA:244.) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA-FÉ DOS ADQUIRENTES. *No caso concreto não restou comprovada a boa-fé dos requerentes, o que inviabiliza o direito às benfeitorias realizadas no imóvel. Manutenção da sentença.* (TRF4, AC 5003523-20.2014.4.04.7202, QUARTA TURMA, Relator LUIÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 05/05/2016)

ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO. TERRAS INDÍGENAS. Art. 231, da Cf/88. Portaria de Demarcação nº 793/07 do Ministério da Justiça. art. 1.201 do Código civil. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. boa-fé não comprovada.

- *Em relação às benfeitorias construídas sobre áreas em processo demarcatório, o marco temporal a ser considerado para a análise da presença da boa-fé é a data da publicação da portaria de demarcação, a partir de quando passa a existir presunção do conhecimento público da sujeição do imóvel à reivindicação in-*

dígena. - Não restou evidenciado pela prova dos autos a alegada boa-fé dos autores, razão pela qual não há falar em direito à indenização pelas benfeitorias.

- Os atos administrativos que integram o procedimento demarcatório de terras indígenas, devido à sua natureza jurídica, podem ser questionados judicialmente em qualquer dos seus aspectos formais ou materiais, mas fica a cargo do impugnante o ônus de infirmar a presunção juris tantum de veracidade e legitimidade. (TRF4, AC 5003517-13.2014.4.04.7202, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 28/04/2016)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDÍGENAS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFESSADA EM ACP, INTERPOSTA PELO MPF. ESTIPULAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA AOS REPRESENTANTES DOS POSSEIROS. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AOS POSSEIROS NÃO-ÍNDIOS, FACE A NÃO DESOCUPAÇÃO. REVOGAÇÃO DA MULTA. VALOR EXCESSIVO, OBJETIVO NÃO ALCANÇADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. *Agravo de instrumento interposto ante decisão em sede de cumprimento de sentença que determinou a desocupaçāo compulsória, com uso de força policial, dos moradores não indígenas que ocupam a área correspondente à Comunidade Indígena Pankararu, com a aplicação de multa, em caso de descumprimento, a ser aplicada em face dos representantes dos posseiros no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) diários, e realização de bloqueio destes valores através do sistema BACENJUD e RE-NAJUD.*

2. *A sentença ora exequenda determinou: (1) à FUNAI, "identificar os posseiros não índios que estão a ocupar, indevidamente, a área indígena Pankararu e, após os devidos procedimentos para averiguação de quais os posseiros de boa-fé e respectivas benfeitorias a serem indenizadas, proceder, junto com a União, à retirada de todos os não-índios da citada área indígena"; (2) à União, "o pagamento das indenizações pelas benfeitorias aos posseiros de boa-fé identificados pela FUNAI (e somente aos de boa-fé)"; e (3) ao INCRA, "a proceder ao reassentamento dos aludidos posseiros não-índios (de "boa-fé" ou não) que forem, por força desta sentença, obrigados a desocupar a localidade", destacando, ainda, que "o reassentamento, por parte da autarquia responsável pela implementação do programa de reforma agrária, deverá ser condicionado ao preenchimento, por parte*

dos posseiros, dos requisitos discriminados em lei para que possam ser beneficiados por referido programa".

3. Em audiência ocorrida em 14/02/2017, já em sede de cumprimento de sentença, ficou acordado entre as partes, de forma complementar, detalhes acerca da forma como se daria a desocupação, além de ter-se estipulado que o descumprimento do acordo acarretaria o descumprimento total, com a consequente retirada compulsória de todos os atuais ocupantes (moradores ou não moradores), com utilização de força policial para fins de retirada, além da incidência de multa solidária no valor diário de R\$ 2.000,00, em desfavor dos representantes dos posseiros.

4. Em 25/07/2017, o INCRA comunicou ao juízo que, até aquele momento, não havia sido identificada qualquer desocupação da área pelos não-índios, conforme Relatório Técnico da Coordenação local da FUNAI (fls. 76 a 80), o que deu origem à decisão ora recorrida (fls. 18/19), em que o juízo singular consignou que, passados seis meses desde a assinatura do acordo e da previsão do cronograma de cumprimento de sentença, não teria sido prestada nenhuma informação pelos representantes dos posseiros acerca do andamento da retirada das famílias, bem como que a desocupação compulsória, com uso da força policial, seria medida impositiva, além da incidência da multa, solidária, no valor de R\$2.000,00, prevista no item 6 da ata de audi-

ência, determinando que fossem oficiadas as Polícias Militar do Estado de Pernambuco e a Federal, para que estas, no prazo de 30 dias, planejassem e executassem as medidas necessárias para desocupação, bem como que a Secretaria realizasse o bloqueio de valores e/ou restrição de veículos pelos sistemas BACEN-JUD e RENAJUD em nome dos representantes dos posseiros, presentes na audiência.

5. Os agravantes alegam, em suma: (a) que seriam apenas “prepostos” dos demais ocupantes, em caráter temporário, para evitar o comparecimento de 300 (trezentas) pessoas em audiência, e que a aplicação de multa somente a eles seria um ato atentatório à dignidade humana; (b) a obrigação de desocupação das terras pelos não-índios dependeria do cumprimento do múnus do INCRA, que supostamente não teria cumprido com suas funções, e a desocupação forçada somente agravaría a situação dos posseiros; (c) a falta das informações firmadas na ata de audiência, que ensejou a decisão ora atacada, teria se dado por fatos alheios à vontade e capacidade dos dois “representantes”, quais sejam: (1) o questionamento em relação ao local para onde iriam os posseiros, ante a ausência de informações do INCRA; e (2) o agravamento da doença que acometeria a sra. Leila, cujo quadro teria se agravado consideravelmente após a

audiência realizada em fevereiro de 2017 (conforme laudo de fls. 23).

6. Alegação do INCRA de intempestividade do agravo - já que interposto muito tempo após a assinatura de acordo envolvendo as partes - afastada, uma vez que a causa de pedir do presente recurso consiste justamente na multa efetivamente imposta aos agravantes pela decisão ora atacada, bem como a de não conhecimento do agravo por desrespeito à obrigatoriedade de interposição do recurso na modalidade eletrônica.

7. Em nenhum momento - quer na sentença exequenda, quer no acordo que estabeleceu as conformações da desintrusão - se estabeleceu condicionantes à desocupação, pelos não-indígenas, da área indígena demarcada como pertencente à Comunidade Pankararu, a qualquer fato, termo ou encargo. Assim sendo, tem-se por não plausível o argumento dos ora agravantes de que a obrigação de desocupação das terras, por tais não-índios, dependeria do cumprimento dos múnus atribuídos no título à FUNAI e ao INCRA.

8. A suposta má qualidade das terras ofertadas não constituiu o objeto/condicionante à presente execução, cabendo aos ora agravantes, acaso julguem oportuno, ajuizar ação própria para discutir o tema. Além disso, não custa destacar que apenas uma

pequena parcela dos posseiros se enquadraria como aptos a participarem dos programas de reforma agrária. É que, segundo dados fornecidos pelo INCRA no agravo de instrumento n.º 0804827-15.2018.4.05.0000, já julgado por esta Egrégia 4ª Turma, somente 153 candidatos das 346 famílias posseiras possuiriam perfil da clientela de reforma agrária.

9. Mesmo que as obrigações impostas ao INCRA e à FUNAI tivessem sido impostas pela douta magistrada a quo como condições à desocupação da terra pelos ora agravantes, nem assim se poderia ter como justificado o obstáculo à continuidade do procedimento de desintrusão, tendo em vista que ambas as autarquias cumpriram, quase que totalmente, o que fora determinado na sentença.

10. No tocante à alegação de que os ocupantes não-índios não teriam para onde ir - o que feriria o direito à moradia dessas pessoas -, cabe considerar que, segundo levantamento da FUNAI, das 346 famílias posseiras, 259 ali não residem, possuindo imóveis nas cidades de Petrolândia, Tacaratu e Jatobá, utilizando-se das terras ocupadas “apenas como local de lazer em feriados e finais de semana”, o que demonstra que o impacto causado pela desintrusão é bem menor do que fizeram parecer os recorrentes.

11. Não obstante o que restou acordado na ata de audiência, não é possível imputar aos dois “representantes” informais, desconstituídos de procuração, mandato ou qualquer forma de substabelecimento, a obrigação que foi imposta a aproximadamente 300 (trezentas) pessoas em sede de cumprimento de sentença, oriundo, por sua vez, de um processo judicial complexo, que envolve variáveis sociais diversas e interesses - financeiros, econômicos e políticos -, além de tratar de uma questão possessória existente há, no mínimo, 30 anos.

12. Destaca-se, por fim, que a finalidade precípua da estipulação de uma multa cominatória - impelir o réu a cumprimento da obrigação - não poderia ser atingida ao se responsabilizar apenas os agravantes, que assumiram voluntariamente a posição de “porta-vozes” dos posseiros, mormente o montante elevado fixado (R\$ 2.000,00/dia de descumprimento), o que a torna, também, irrazoável quanto ao valor arbitrado. Registre-se, por outro lado, que, diante do início do plano de desintrusão, consoante decidido por esta colenda Quarta Turma no agravo de instrumento 0804827-15.2018.4.05.0000, ficará a critério do douto magistrado a quo, em havendo necessidade, a imposição de medidas coercitivas para efeito de viabilizar a desocupação das áreas reconhecidas como de direito aos índios Pankararuss.

13. Agravo de instrumento provido, apenas e tão só para sustar a incidência da multa cominada aos agravantes.(PROCESSO: 00011642820174050000, DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO, Quarta Turma, TRF5, JULGAMENTO: 28/08/2018, PUBLICAÇÃO: DJE - Data:14/09/2018 – Página:156)

1.2. Jurisprudência Internacional

1.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

1.2.2. Resumo do Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil (2018)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) teve a oportunidade de enfrentar o tema da *desintrusão* de terras indígenas em várias oportunidades. A mais recente delas foi em 2018, quando o Brasil foi condenado pela demora excessiva no processo de demarcação e *desintrusão* da Terra Indígena Xucuru/PE.

O processo de demarcação foi iniciado em 1989 e findaria apenas em 2001, quando a terra seria registrada em cartório. Ocorre que o oficial de registro de imóveis de Pesqueira/PE ajuizou ação de

suscitação de dúvida, questionando aspectos formais da solicitação de registro da propriedade indígena. A resolução final, confirmando a legalidade do registro, foi emitida pela Justiça Federal em 2005.

O registro não foi suficiente para a *desintrusão* da área, já que várias ações de reintegração de posse evitavam que a terra fosse ocupada em sua integralidade pelo povo indígena.

Diante dessa situação, o Brasil foi condenado, entre outras medidas, à indenização por dano moral coletivo (imaterial, na linguagem da sentença).

1.2.3. Extratos da Sentença

71. (...) O relatório foi aprovado pelo Presidente da FUNAI (*Despacho No. 3*), em 23 de março de 1992, e, em 28 de maio do mesmo ano, o Ministro da Justiça concedeu a posse permanente da terra ao Povo Indígena Xucuru mediante a Portaria No. 259/MJ/9254. Em 1995, a extensão do território indígena Xucuru foi retificada, determinando-se uma área de 27.555,0583 hectares (segunda etapa), realizando-se, posteriormente, a demarcação física do território (terceira etapa).

(...)

79. Em 18 de novembro de 2005, foi executada a titulação do território indígena Xucuru, ante o 1º Registro de Imóveis de Pesqueira, como propriedade da União para posse permanente do Povo Indígena Xucuru⁷³ (quinta etapa).

80. O processo de regularização das terras, com o objetivo de cadastrar os ocupantes não indígenas, foi iniciado em 1989, com os estudos de identificação, e foi concluído em 2007, resultando em 624 áreas cadastradas. O procedimento de pagamento de indenizações por benfeitorias de boa-fé teve **início em 2001**, e o **último pagamento** foi efetuado em **2013**, concluindo a indenização de 523 ocupantes não indígenas. Das 101 terras restantes, 19 pertenciam aos próprios indígenas, restando, então, **82 áreas que eram propriedade de não indígenas**. Dessas 82 áreas, 75 foram ocupadas pelos Xucuru entre 1992 e 2012. Até a data de emissão da presente Sentença, 45 ex-ocupantes não indígenas não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estão em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos por benfeitorias de boa-fé. Além disso, seis ocupantes não indígenas permanecem dentro do território indígena Xucuru.

C.3. Atos de hostilidade contra líderes do Povo Indígena Xucuru

87. O processo de delimitação, demarcação e desintrusão da terra indígena do povo Xucuru foi marcado por um contexto de insegurança e ameaças, que resultou na **morte de vários líderes indígenas** da comunidade.

88. A presença de ocupantes não indígenas no território do povo Xucuru, durante o processo administrativo de demarcação, e a existência de interesses alheios provocou dissidências e conflitos internos na própria comunidade indígena.

89. O filho e sucessor do Cacique Xicão, o Cacique Marquinhos, e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, receberam ameaças por sua posição de líderes da luta do Povo Indígena Xucuru pelo reconhecimento de suas terras ancestrais. Em 2001, as ameaças se concentraram no Cacique Marquinhos. A Comissão Interamericana concedeu medidas cautelares em favor de ambos, em 29 de outubro de 2002.

90. No entanto, o Cacique Marquinhos sofreu um atentado contra sua vida, em 7 de fevereiro de 2003, que causou a morte de dois membros do povo Xucuru, que acompanhavam o Cacique nesse momento. Esses acontecimentos desencadearam atos de violência no território indígena. Em consequência do exposto, foram expulsos aproximadamente 500 membros da comuni-

dade da terra indígena Xucuru, os quais foram instalados no Município de Pesqueira.

91. Em 20 março de 2003, 101 o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) criou uma Comissão Especial com o objetivo de acompanhar a investigação de tentativa de homicídio contra o Cacique Marquinhos e os fatos conexos. Finalmente, o Cacique foi incluído no Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos de Pernambuco, em 2008.

(...)

b.2. O dever de garantir o direito à propriedade coletiva e a segurança jurídica

121. Esta Corte afirmou reiteradamente que o artigo 1.1 da Convenção apresenta duas vertentes. Por um lado, se encontra a obrigação (negativa) de respeito, que implica que os Estados devem se abster de cometer atos que infrinjam os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas pela Convenção; por outro, encontram-se as obrigações (positivas) de garantia dos Estados. Essas obrigações implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridica-

mente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Essas obrigações se configuram e devem manifestar-se de diferentes formas, dependendo do direito de que se trate. É evidente que, por exemplo, assegurar a igualdade e a não discriminação de jure e de facto não exige do Estado os mesmos atos praticados para assegurar o livre uso e gozo da propriedade privada ou, como neste caso, da propriedade coletiva das populações indígenas.

122. *Muito estreitamente vinculado ao anterior, encontra-se o princípio de segurança jurídica. Esse princípio garante, entre outros aspectos, estabilidade nas situações jurídicas, e é parte fundamental da confiança do cidadão na institucionalidade democrática. Essa confiança é um dos pilares essenciais sobre os quais reside um Estado de Direito, desde que se fundamente em uma real e efetiva certeza dos direitos e liberdades fundamentais. Este Tribunal coincide com seu par europeu no sentido de que esse princípio se encontra implícito em todos os artigos da Convenção. Em contraposição, a falta de segurança jurídica pode se originar em aspectos legais e administrativos, ou em práticas estatais que reduzam a confiança pública nas instituições (judiciais, legislativas ou executivas), ou no gozo dos direitos ou obrigações reconhecidos por meio daquelas, e impli-*

quem instabilidade quanto ao exercício dos direitos fundamentais e de situações jurídicas em geral.

123. Desse modo, para esta Corte, a segurança jurídica se vê assegurada – entre outras concepções – enquanto exista confiança de que os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados e garantidos a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte na Convenção Americana. Isso, como se explicou, pode se dar por diversos meios, dependendo da situação concreta e do direito humano de que se trate.

124. Para a situação em especial dos povos indígenas, a perita Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, observou que para garantir o uso e o gozo do direito da propriedade coletiva, os Estados devem assegurar que não exista interferência externa sobre os territórios tradicionais, ou seja, devem eliminar qualquer tipo de interferência sobre o território em questão por meio da desintrusão, com o objetivo de que o exercício do direito à propriedade tenha um conteúdo tangível e real. No mesmo sentido, manifestou-se no presente processo o perito Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso as populações ou povos interessados não possam exercer plenamente e de forma pacífica seu direito. A de-

sintrusão não só implica a retirada de terceiros de boa-fé ou de pessoas que ocupem ilegalmente os territórios demarcados e titulados, mas a garantia de sua posse pacífica, e que os bens titulados careçam de vícios ocultos, isto é, que sejam livres de obrigações ou gravames em benefício de terceiras pessoas. Caso isso não se verifique, para a Corte é claro que o direito de propriedade coletiva não foi garantido por completo. Assim, a Corte considera que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem segurança jurídica e proteção a esse direito.

(...)

129. A controvérsia no presente caso ocorre, portanto, quando se trata de determinar se as ações executadas pelo Estado no caso concreto foram efetivas para garantir esse reconhecimento de direitos e o impacto que sobre ela teve a demora nos processos. Além disso, a Corte analisará se a demora em resolver as ações judiciais interpostas por terceiros não indígenas afetaram a segurança jurídica do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru.

B.3. O prazo razoável e a efetividade dos processos administrativos

130. A jurisprudência deste Tribunal salientou em outros casos que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial. Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

131. Juntamente com o acima exposto, a Corte reiterou que o direito de toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, “constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”. Além disso, no que diz respeito a povos indígenas e tribais, é indispensável que os Estados ofereçam uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades e suas características econômicas e sociais, além de sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

(...)

146. A Corte observa que, embora a homologação presidencial do território demarcado tenha ocorrido em 30 de abril de 2001, a solicitação da FUNAI de registro da propriedade foi impugnada pelo oficial do registro de imóveis de Pesqueira em agosto de 2002. Isso influenciou de maneira direta para que os territórios não fossem titulados até 18 de novembro de 2005. O Tribunal observa que a demora de quatro anos para a resolução dessa ação aconteceu apesar de sua falta de complexidade. Nesse sentido, o atraso adicional na titulação das terras é diretamente imputável à atividade processual do Estado e das autoridades que fizeram tramitar a ação.

147. De outra parte, no que se refere à desintrusão, o Tribunal considera que a conclusão é a mesma. Da prova disponível, se infere que a demora nesse processo ocorreu por dificuldades orçamentárias ou de organização do Estado. Em atenção a isso, as indenizações a terceiros de boa-fé e sua retirada do território tardou mais de 20 anos, 14 deles dentro da competência contenciosa da Corte (par. 77 a 80 supra), e esses trâmites ainda não foram concluídos. (grifos nossos)

(...)

154. Nesse sentido, a Corte constata que a homologação e registro do território indígena Xucuru até o ano 2005, e a lenta e incompleta desintrusão desse território, foram elementos fundamentais que permitiram a presença de ocupantes não indígenas e geraram – em parte – tensão e disputas entre indígenas e não indígenas (par. 87 a 91 supra). A Relatora Especial Tauli-Corpuz salientou em sua perítagem que um dos impactos negativos decorrentes da falta da regularização de territórios indígenas é o padrão de tensão e violência que habitualmente surge nessas situações. Essas circunstâncias, segundo seu conhecimento, se veem agravadas pelas demoras nos referidos processos. (grifos nossos)

155. A esse respeito, o Estado afirmou que a reocupação da maior parte do território pelo Povo Indígena Xucuru teve lugar entre 1992 e 2012. No entanto, o Estado não especificou em que períodos ou de que forma ocorreu a recuperação de cada parcela. O Estado tampouco apresentou prova de qual foi o processo de retirada das 624 ocupações cadastradas, ou de como foi esse processo. Por conseguinte, a Corte considera que as ações executadas pelo Estado não foram efetivas para garantir o livre gozo do direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru.

156. No entender deste Tribunal, embora seja certo que o povo Xucuru contou com o reconhecimento formal da propriedade

coletiva de seus territórios desde novembro de 2005, não há hoje segurança jurídica sobre seus direitos à totalidade do território, ou seja, os integrantes do povo Xucuru não podem confiar em que todos os direitos vinculados a sua propriedade coletiva sejam respeitados e garantidos.

157. A Corte observa que a ação de reintegração de posse No. 0002697- 28.1992.4.05.8300 (número original 92.0002697-4), interposta em março de 1992 (par. 74 supra), e a ação ordinária No. 0002246-51.2002.4.05.8300 (número original 2002.83.00.002246-6), que solicitava a anulação do processo administrativo de demarcação do território indígena Xucuru, com respeito a cinco imóveis (par. 85 supra), tiveram um impacto direto no direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru. Embora ambas as ações judiciais tenham sido apresentadas por terceiros não indígenas, é indiscutível que ambos os processos devem ser analisados pela Corte, pois tiveram um impacto direto na segurança jurídica da titularidade dos direitos sobre o território coletivo.

158. A ação de reintegração de posse interposta em 1992 somente chegou a uma decisão definitiva em 2014, quando adquiriu força de coisa julgada (par. 83 supra), isto é, 22 anos depois de sua interposição e 16 anos depois do reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Brasil. Essa ação tem impacto

em 300 hectares do território Xucuru e pode ser executada a qualquer momento, sem prejuízo da excepcionalíssima ação rescisória apresentada pela FUNAI em 2016 (par. 84 supra). Por outro lado, a segunda ação, interposta em 2002, pretendia a anulação do processo administrativo e só chegou a uma resolução de mérito em 2012, sendo que ainda continuam pendentes recursos ante tribunais superiores (par. 85 e 86 supra).

(...)

209. Quanto ao dano imaterial, a Corte estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, o desrespeito de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”. A Corte salientou que “dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, só pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou a prestação de serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e de maneira justa”. (grifos nossos)

210. A Corte observa que as partes não especificaram suas solicitações a respeito do dano material ou imaterial, de modo que a Corte unicamente se refere ao dano imaterial provocado pelas violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença e à respectiva responsabilidade internacional do Estado em detrimento do Povo Indígena Xucuru.

211. Em consideração às violações de direitos humanos determinadas na presente Sentença, o Tribunal ordena a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial imposto aos membros do Povo Indígena. Nesse sentido, a Corte esclarece que esse fundo é complementar a qualquer outro benefício presente ou futuro que caiba a esse povo indígena em relação aos deveres gerais de desenvolvimento do Estado.

212. A Corte fixa, de maneira justa, o montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para a constituição do referido fundo. O destino desse fundo deverá ser acordado com os membros do Povo Indígena Xucuru, quanto a qualquer medida que considerem pertinente para o benefício do território indígena e seus integrantes. A constituição do fundo em questão caberá ao Estado – em consulta com os integrantes do povo Xu-

curu –, num período não superior a 18 meses a partir da notificação da presente Sentença. (grifos nossos)

(...)

G. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

217. *A quantia atribuída na presente Sentença, a título de reembolso de custas, será paga aos representantes, de forma integral, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.*

218. *Caso o Estado incorra em mora sobre o Fundo de Desenvolvimento Comunitário, pagará juros sobre a quantia devida, já convertida em reais brasileiros, correspondente aos juros bancários de mora na República Federativa do Brasil.*

219. *O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou seu equivalente em moeda brasileira, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao do pagamento.*

220. *Portanto,*

A CORTE

(...)

DECLARA:

Por unanimidade, que:

(...)

3. O Estado é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 130 a 149 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

(...)

4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena

Xucuru, nos termos dos parágrafos 150 a 162 da presente Sentença.

E DISPÔE:

Por unanimidade, que:

(...)

8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligênciia, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença. (grifos nossos)

10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos.

11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

2. Direito à Permanência de Indígenas na Terra durante o Processo de Demarcação

**(Impossibilidade de Reintegração de Posse
de Não Indígenas)**

“NÓS NÃO NEGOCIAMOS DIREITOS TERRITORIAIS PORQUE A TERRA,
PARA NÓS, REPRESENTA A NOSSA VIDA. A TERRA É MÃE, E MÃE NÃO
SE VENDE, NÃO SE NEGOCIA. MÃE SE CUIDA, MÃE SE DEFENDE,
MÃE SE PROTEGE.”

SÔNIA GUAJAJARA

(POVO GUAJAJARA/MA)

2.1. Jurisprudência Nacional

2.1.1. Resumo do Caso

A Terra Indígena Tupinambá de Belmonte/BA sofreu intenso conflito fundiário enquanto se realizava o processo de demarcação. Houve até mesmo plantações destruídas e casas dos indígenas incendiadas. Várias ações de reintegração de posse e até mesmo um cumprimento provisório de sentença foram ajuizados por fazendeiros da região. Essas ações vinham tendo êxito na Subseção Judiciária de Eunápolis/BA e, algumas, até mesmo no Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1).

Diante dessa situação, a Fundação Nacional do Índio (Funai) ingressou com Suspensão de Segurança no Supremo Tribunal Federal (STF), alegando que o cumprimento das liminares de reintegração de posse acirraria os conflitos.

O ministro-presidente do STF aceitou a tese e suspendeu as liminares até a finalização do processo de demarcação que definiria o perímetro da Terra Indígena. Os produtores rurais ingressaram com o agravo regimental, mas não lograram êxito.

2.1.2. Extratos do Acórdão

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE. IMÓVEL RURAL. OCUPAÇÃO INDÍGENA. ORDEM DE RETIRADA DA COMUNIDADE INDÍGENA. ESTUDO ANTROPOLÓGICO. FUNAI. PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO PENDENTE. FORÇA DE SEGURANÇA NACIONAL. RISCO DE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Constatado o risco à segurança pública, deve ser mantida a suspensão da liminar que determinou a retirada de comunidade indígena das terras em litígio.

II – O imediato cumprimento da decisão que determinou a reintegração de posse, antes do trânsito em julgado, aculará os conflitos instaurados entre índios e não índios, determinando a retirada da comunidade indígena antes do pronunciamento do Ministro da Justiça sobre o processo demarcatório das terras indígenas, evidenciando-se o risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas.

III – Assim, a presente medida busca mitigar os danos decorrentes do conflito instalado, evitando-se, desta forma, o risco de grave lesão ou o seu agravamento até que seja certificado o trânsito em julgado da decisão cujos efeitos foram suspensos.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (SS 5049 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015) (grifos nossos)

No relatório está destacado que:

Aduz que os membros da comunidade indígena possuem comportamento agressivo e desrespeitoso, destacando a prática de:

“diversos atos constritivos à liberdade pessoal dos moradores, fechando estradas, limitando acesso e circulação de rodovias, praticando ilícitos penais de natureza diversa, tais como porte de arma e de munição, ameaça, constrangimento ilegal, além de exercício arbitrário das próprias razões”.

O voto condutor está assim fundamentado:

Ademais, mesmo não sendo possível um aprofundamento da questão debatida na origem, há que se ponderar os valores protegidos pelas normas em regência, para então verificar a existência ou não de ameaça aos interesses superiores legalmente tutelados no caso de cumprimento imediato da decisão que se busca suspender. Por oportuno, reproduzo parte do parecer da Procuradoria-Geral da República:

“A Constituição garante às comunidades indígenas o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Prevê, de forma expressa, o direito de posse permanente e da nulidade e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere”. É dizer, de modo sucinto, mas harmônico com o propósito do constituinte: constatada a tradicionalidade da ocupação indígena, nos termos definidos, a proteção constitucional deve ser – e é – imediata.

A demarcação, também constitucionalmente prevista, será uma consequência lógica e necessária, com vistas à concretização dessa proteção constitucional, o que não significa dizer, entretanto, que o direito não possa e deva ser, desde logo, resguardado. A demarcação tem

natureza declaratória, reconhecendo direito originário, precedente, dos indígenas.

Veja-se que, no caso em análise, existe estudo específico e conclusivo da Funai sobre as terras objeto de litígio e de sua ocupação tradicional pelos indígenas Tupinambá. O relatório circunstanciado do órgão, aprovado pelo Despacho nº 530, de 20132 -, é enfático a esse respeito:

Tendo por base estudos de natureza etno-histórica, antropológica, documental, ambiental, cartográfica e fundiária, realizados por equipe técnica qualificada, autorizados por Portarias da Presidência da FUNAI, em conformidade com o disposto no Decreto 1775/96, conclui-se que a terra indígena ora delimitada consiste numa área aproximada de 9.521 hectares e perímetro aproximado de 50 Km (como representado em mapa e memorial descritivo que seguem abaixo), situada no município de Belmonte.

A TI Tupinambá de Belmonte é ocupada de modo permanente pelo povo indígena Tupinambá de Belmonte, apresenta as condições ambientais necessárias à realização de suas atividades produti-

vas tradicionais e tem importância crucial do ponto de vista do seu bem estar e de suas necessidades de reprodução física e cultural, segundo seus usos costumes e tradições, correspondendo, portanto, ao disposto no artigo 231 da Constituição Federal vigente.'

Sendo assim, o fato de não haver sido concluído o procedimento demarcatório não poderia ser óbice, como foi, ao reconhecimento do direito – possessório que seja, no momento - dos Tupinambá sobre as terras que ocupam.

A outorga da proteção possessória jamais poderia ser efetivada, no caso em exame, de modo tão objetivo, como ocorreu, prestigiando-se a comprovação da posse e do esbulho alegadamente sofrido pelos não índios e ignorando-se, para esse mesmo fim, o estudo pericial que atestou, em 2013, o direito dos indígenas sobre a área.

Quando se está a tratar do direito previsto no art. 231 da Constituição, a ponderação dos valores em discussão deve ser cuidadosa. É preciso, de pronto, abandonar a ideia de que a posse do direito civil merece prestígio absoluto, considerando que há muito mais em jogo do que a simples disputa pontual por território específico, tal

como a concebemos. Há sempre uma história, longa, de anos ou séculos, por trás da contenda. O custo da desconsideração do direito dos indígenas é muito alto.

Precisamente neste ponto entra a demonstração do risco de grave lesão não só à ordem e à segurança públicas, como também a ‘interesse superior legalmente protegido’” (grifos nossos)

Assim, não há falar que a manutenção da suspensão deva ser interpretada como aceitação da invasão praticada pelos indígenas, mediante ações manu militari pelo Poder Judiciário, pois as medidas de contracautela objetivam mitigar os danos decorrentes do conflito instalado, evitando-se, desta forma, o risco de grave lesão ou o seu agravamento até que seja certificado o trânsito em julgado da decisão cujos efeitos foram suspensos.

Ademais, verifico que a inicial foi instruída com diversos documentos comprovadores do risco de grave lesão, a exemplo dos documentos eletrônicos 7 a 14, dos quais colho os seguintes trechos:

“1. Que no dia 06 de maio de 2015, por volta das nove horas da manhã a casa da senhora Gleide Reis, 32 anos, onde residia com três filhos, sendo uma grávida, pegou

fogo e quando chegaram ao local toda a casa já estava queimada, junto com todos os pertences da família;

2. Que no momento do incêndio, todos da família se encontravam na colheita do cacau, menos as crianças que já haviam saído para a escola;

3. Que durante o período da colheita do cacau, todos os membros da comunidade participam, ficando na aldeia somente duas ou três pessoas, que precisam cuidar de filhos pequenos ou que não estão em condições físicas para a colheita comunitária” (pág. 1 do documento eletrônico 7) (...).

O imediato cumprimento da decisão que determinou a reintegração de posse, antes do trânsito em julgado, aculará os conflitos instaurados entre índios e não índios, determinando a retirada da comunidade indígena antes do pronunciamento do Místerio da Justiça sobre o processo demarcatório das terras indígenas, evidenciando-se o risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

2.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO BUSCANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PORTARIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. RECURSO PROVIDO.

[...].

3. *O procedimento de demarcação de terras indígenas não pode ser comparado ao apossamento administrativo — também chamado de desapropriação indireta —, caracterizado como verdadeiro esbulho possessório, sem a necessária garantia do contraditório e do devido processo legal.*
4. *A demarcação de terras indígenas é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.*

5. Ademais, o particular que eventualmente esteja na posse da área a ser demarcada, segundo o disposto no § 8º do art. 2º do Decreto 1.775/96, tem a possibilidade de se manifestar, apresentando à FUNAI razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de identificação e delimitação da área a ser demarcada.

6. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve. 7. [...].

(RESP 200802239000, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, 01/04/2009) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO. TERRAS INDÍGENAS. ÓBICE LEGAL - ART. 19 DA LEI N° 6.001/73. - Há óbice legal

à reintegração de posse em se tratando de terras indígenas em processo demarcatório, que é a regra inserta no art. 19 da Lei nº 6.001/73 - Estatuto do Índio. (TRF4, APELREEX 0000541-58.2009.404.7214, Quarta Turma, Relator Jorge Antônio Maurique, D.E. 29/04/2011) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

3. Demora Excessiva na Demarcação de Terras Indígenas

"MAS NÃO SOU SÓ EU

NÃO SOMOS DEZ, CEM OU MIL

QUE BRILHAREMOS NO PALCO DA HISTÓRIA.

SEREMOS MILHÕES, UNIDOS COMO CARDUME

E NÃO PRECISAREMOS MAIS SAIR PELO MUNDO

EMBEBEDADOS PELO SUFOCO DO MASSACRE

A CHORAR E DERRAMAR PRECIOSAS LÁGRIMAS

POR QUEM NÃO NOS TEM RESPEITO."

ELIANE POTIGUARA

(POVO POTIGUARA PB/RN)

3.1. Jurisprudência Nacional

3.1.1. Resumo do Caso

Os indígenas Guarani do norte de Santa Catarina por muito tempo aguardaram uma definição governamental sobre a demarcação de seus territórios (Terras Indígenas Mbiguaçu, Corveta I e II, Rio do Meio, Garuva, Rio Bonito, Reta, Pindoty, Piraí e Tarumã). Os estudos de ocupação, por exemplo, motivados pela construção e duplicação da BR 101, foram iniciados em 1996. Já a portaria da Fundação Nacional do Índio (Funai) que criou o Grupo Técnico para identificação e delimitação das terras localizadas no trecho entre Florianópolis e Garuva é de 1998.

Com o passar do tempo, entretanto, verificada a excessiva morosidade no processo demarcatório, a judicialização foi inevitável. O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma ação civil visando sua celeridade.

A medida liminar foi concedida em 2002 e a sentença foi julgada procedente em 2007, tendo estabelecido o prazo de 24 meses para a identificação e a demarcação de todas as terras Guarani situadas nos municípios pertencentes àquela jurisdição. Além disso, fixou multa diária em caso de descumprimento, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser revertida em benefício dos indígenas.

A Funai e a União apelaram, mas a decisão foi reafirmada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4^a Região (TRF4). A 4^a Turma entendeu que, “*configurado o descumprimento por omissão das normas constitucionais e legais de proteção às comunidades indígenas, mostra-se necessária a intervenção do Judiciário para a solução da controvérsia, inclusive fixando prazo para a regularização*”.

As rés recorreram ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não obtendo, no entanto, o provimento de suas irresignações.

3.1.2. Extratos do Acórdão

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. *Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, ado-*

tou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. O arresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que é possível a fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para que o Poder Executivo proceda à demarcação de todas as terras indígenas dos índios Guarani.

3. A demarcação de terras indígenas é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O procedimento de demarcação de terras indígenas é constituído de diversas fases, definidas, atualmente, no art. 2º do Decreto 1.775/96.

4. Trata-se de procedimento de alta complexidade, que demanda considerável quantidade de tempo e recursos diversos para atingir os seus objetivos. Entretanto, as autoridades envolvidas no processo de demarcação, conquanto não estejam estritamente vinculadas aos prazos definidos na referida norma, não podem permitir que o excesso de tem-

po para o seu desfecho acabe por restringir o direito que se busca assegurar.

5. Ademais, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

6. *Hipótese em que a demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação da Terra Indígena Guarani está bem evidenciada, tendo em vista que já se passaram mais de dez anos do início do processo de demarcação, não havendo, no entanto, segundo a documentação existente nos autos, nenhuma perspectiva para o seu encerramento.*

7. *Em tais circunstâncias, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato administrativo discricionário relacionado à implementação de políticas públicas.*

8. “A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. O grau de liberdade inici-

almente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.” (REsp 879.188/RS, 2^a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 2.6.2009)

9. Registra-se, ainda, que é por demais razoável o prazo concedido pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição para o cumprimento da obrigação de fazer — consistente em identificar e demarcar todas as terras indígenas dos índios Guarani situadas nos municípios pertencentes à jurisdição da Subseção Judiciária de Joinville/SC, nos termos do Decreto 1.775/96, ou, na eventualidade de se concluir pela inexistência de tradicionalidade das terras atualmente ocupadas pelas comunidades de índios Guarani na referida região, em criar reservas indígenas, na forma dos arts. 26 e 27 da Lei 6.001/73 —, sobretudo se se considerar que tal prazo (vinte e quatro meses) somente começará a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida no presente feito.

10. A questão envolvendo eventual violação de preceitos contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi examinada pela Corte de origem, carecendo a matéria, portanto, do indispensável prequestionamento.
11. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessas partes, desprovidos.

(RESP 1114012/SC, Ministra Relatora Denise Arruda, 1º Turma do STJ, em 10/11/2009) (grifos nossos)

O voto condutor assim caracterizou a demora excessiva:

No caso, a demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação da Terra Indígena Guarani está evidenciada, segundo se verifica do seguinte trecho da sentença de primeiro grau de jurisdição:

Através da Portaria nº 641, de 19 de junho de 1998, a FUNAI criou Grupo Técnico para identificação e delimitação das terras Guarani localizadas no litoral norte de Santa Catarina, trecho entre Florianópolis e Garuva.

O Relatório Final do GT/98 criado pela referida portaria consta às fls. 51/543, do qual convém destacar o seguinte trecho:

(...)

Em 28 de maio de 2002, a FUNAI proferiu decisão não aprovando o relatório de identificação e delimitação, por eleição, da Terra Indígena Pirai, elaborado pelo GT/98, por entender que havia traços de que a ocupação indígena seria tradicional, tendo assim determinado a constituição de um novo Grupo Técnico (fls. 1076/1086).

O MPF, em 29 de junho de 2002, ajuizou esta ação civil pública, diante da demora de definição por parte da FUNAI em demarcar as terras para os índios Guarani, o que estava dando ensejo a conflitos de disputa de terras, como a que ocorreu na Reserva Piraí, envolvendo o Sr. Tadeu Rogério de Moraes.

No dia 5 de agosto de 2002 foi publicado o Edital nº 1/2002, referente ao Projeto 914BRA3018, o qual contempla as aldeias Piraí e Tarumã, localizadas nesta região.

Em 20 de novembro de 2002 foi publicado no DOU decisão da FUNAI aprovando as conclusões do GT/98 para que fosse criada a Reserva Indígena Pindoty, com superfície de perímetro de 2.016 hectares e 23 km, respectivamente, localizada nos municípios de Araquari e Balneário Barra do Sul, Estado de Santa Catarina (fls.1129/1137). Todavia, atendendo pedido das lideranças indígenas da Terra Indígena Pindoty, formulado em carta datada de 21/04/2003, argumentando que a ocupação dos Guarani Mbyá é tradicional, a FUNAI revogou a decisão, conforme 'Despacho do Presidente' publicado no DOU de 10 de junho de 2003.

Em 15 de maio de 2003, a FUNAI expediu a Portaria nº 428, publicado no DOU de 09/06/2003, constituindo Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudos e levantamentos de Identificação e Delimitação das Terras Indígenas Pirai, Tarumã, município de Araquari/SC, e Morro Alto, município de São Francisco do Sul/SC, sendo de se salientar que ambos os municípios fazem parte da jurisdição desta Subseção Judiciária de Joinville/SC.

Em 22 de abril de 2004, a FUNAI expediu a Portaria nº 508, publicado no DOU de 23/04/2004, constituin-

do Grupo Técnico (GT) com o objetivo de realizar estudos de levantamento fundiário das Terras Indígenas Pindoty, Tarumã e Morro Alto.

Não há notícias nestes autos sobre os referidos estudos, sendo importante salientar que estes não abrangem, em princípio, várias aldeias Guarani também localizadas no litoral norte de Santa Catarina, como Ilha do Mel, Tapera, Laranjeiras, Jaboticabeira e Conquista.

Enfim, é diante deste quadro de indefinição que o MPF ajuizou esta ação civil pública objetivando a fixação de prazo pelo Judiciário para que a União e a FUNAI procedam à identificação e a demarcação das terras indígenas dos índios Guarani situadas na região norte de Santa Catarina pela via da tradicionalidade (CF, art. 231 – Decreto nº 1.775/96) ou mesmo para que criem, na ausência de tradicionalidade, reservas indígenas (Lei nº 6.001/73, arts. 26 e 27), a fim de assegurar-lhes a sobrevivência física e a manutenção de sua cultura. (fls. 1.435-1.437)”

Vê-se, portanto, que já se passaram mais de dez anos do início do processo de demarcação, não havendo, no entanto, segundo a documentação existente nos autos, ne-

nhuma perspectiva para o seu encerramento. (grifos nossos)

Em tais circunstâncias, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato administrativo discricionário relacionado à implementação de políticas públicas, consante decidiu a Segunda Turma desta Corte, em situação semelhante.

[Clique aqui para acessar a íntegra da decisão](#)

3.1.3. Decisões Correlatas

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. COMPETÊNCIA. INTERESSE PROCESSUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO JÁ INICIADO. ATIVISMO. OFENSA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. NÃO VERIFICAÇÃO.

1. *Na hipótese em que o pedido de agregação de efeito suspensivo à apelação acarreta a mitigação das disposições constitucionais contidas nos artigos 5º , LXXVIII, 231 e 67 (do ADCT), afigura-se de rigor a incidência do artigo 520, VII, do CPC, com o recebimento do apelo somente no efeito devolutivo.*
2. *Inexiste qualquer óbice processual a que membro do Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas, singularmente, expeça determinações a Ministro de Estado, notadamente porque a competência do Superior Tribunal de Justiça restringe-se ao processo e ao julgamento dos mandados de segurança e dos habeas data contra tais autoridades (artigo 105, I, 'b', CRFB), sendo certo que o elenco constitucional das prerrogativas jurisdicionais da Corte Superior, além de taxativo, desafia interpretação restritiva.*
3. *Não há que se falar em ausência de interesse processual ou em ilegitimidade passiva ad causam da União em ação civil pública que objetiva a determinação de finalização do procedimento de demarcação de terra indígena, uma vez que a própria Carta da República arrola dentre os bens do ente político federal as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' (artigo 20, XI, CRFB) e fixa a obrigação da União de demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas e todos os direitos dos silvícolas (artigo 231 da CRFB).*

4. Na esfera da promoção do mínimo existencial, apresenta-se legítima a intervenção judicial ativista, sobretudo quando voltada à implementação do texto da Constituição da República.
5. A não conclusão de Procedimento Demarcatório de terra indígena instaurado ainda no ano de 1999 configura evidente omissão administrativa constitucional e impõe (não apenas admite) a atuação do Poder Judiciário, não havendo que se falar em interferência na discricionariedade administrativa (que, por certo, não se confunde com arbítrio).
6. A demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação das terras indígenas afronta, dentre outros, o princípio constitucional da razoável duração do processo.

(TRF4. AP 5001266-73.2010.404.7004/PR. Desembargador Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA. DJe 2/6/2014)

No que tange à suposta invasão judicial na esfera discricionária da Administração Pública e à não observância dos prazos legais e razoáveis para conclusão do processo demarcatório, entende-se que é possível a intervenção judicial em casos de demora excessiva na conclusão de procedimento demarcatório de terras indígenas, como na hipótese dos autos.

(...)

Além do mais, os períodos temporais fixados judicialmente estão dentro dos parâmetros legais, visto que não correspondem a prazos para início e término do processo administrativo de demarcação, mas tão somente a limites de tempo para conclusão de procedimentos que se iniciaram em 2002.

De outro canto, sobre a possibilidade de cobrança de multa diária a entes da Administração Pública, bem como à Fazenda Pública, já é cediço nesse C. STJ que é cabível a cominação de astreintes como meio coercitivo da obrigação de fazer ou para entrega da coisa.”

(STJ. RESP º 1.524.045 – RS. Ministro Relator Herman Benjamin. DJe 1/9/2016)

TERRAS INDÍGENAS. DELIMITAÇÃO E DEMARCAÇÃO. NECESSIDADE DE ENTREGA DE RELATÓRIO CONCLUSIVO DE REVISÃO DO TOLDO INDÍGENA. DEMORA EXCESSIVA NA ENTREGA DO DOCUMENTO. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL (ART. 129, V, DA CF, E ART. 6º, XI, DA LC Nº 75/03). DETERMI-

NAÇÃO JUDICIAL E IMPOSIÇÃO DE MULTA POR DES-CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TRF4. AI 2009.04.00.026965-0. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. DJe 16/10/2009)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS OCUPADAS POR COMUNIDADES DE REMANESCENTES DE QUILOMBOS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. OCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. FIXAÇÃO

I – A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso, em que se busca dar eficácia ao direito de propriedade das terras ocupados por comunidades de quilombolas.

II – As comunidades de remanescentes de quilombos, por força do Texto Constitucional, constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, incisos I, II, e respectivos parágrafos 1º e 5º), sendo-lhes assegurada, ainda, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo-se ao Poder Público a adoção das medidas necessárias à efetividade dessa garantia constitucional.

III – Na hipótese dos autos, a omissão do Poder Público, cristalizada pela inércia do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e da Fundação Cultural Palmares – FCP quanto à prática dos atos administrativos necessários à efetiva conclusão do procedimento administrativo instaurado com a finalidade de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de quilombolas descrita nos autos, afronta o exercício pleno desse direito, bem assim, a garantia fundamental da razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), a autorizar a estipulação de prazo razoável para a conclusão do aludido procedimento.

IV – A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, da CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

V – Nesse sentido, a inteligência jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se, no sentido da “possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial” e de que “o dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa” (REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014).

VI – No caso em exame, a inércia injustificada do Poder Público, no que tange à instauração de competente e oportuno procedimento de regularização fundiária da comunidade quilombola, atingindo, como um todo, os seus membros, caracteriza flagrante dano moral coletivo, diante da agressão injustificada aos seus interesses e valores abstratos dali decorrentes, a autorizar a pretendida reparação indenizatória.

VII – Relativamente à fixação do valor da indenização por danos morais coletivos, cumpre verificar que inexiste parâmetro legal definido para o seu arbitramento, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto, bem assim em consonância com a função sancionatória e pedagógica da reparação. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, a fixação do valor da indenização por danos morais no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em favor da comunidade quilombola descrita nos autos.

VIII – Desprovimento dos recursos de apelação do INCRA e da Fundação Cultural Palmares – FCP. Provimento da apelação do Ministério Público Federal. Sentença.

(TRF1. AP 0000024-50.2015.4.01.3100. Desembargador Relator Souza Prudente. Dje 28.2.2018) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO. TERRAS INDÍGENAS. PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DE TERRITÓRIO DE POSSÍVEL OCUPAÇÃO TRADICIONAL DA ETNIA KAIKGANG. MUNICÍPIO DE MATO CASTELHANO/RS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. DANO MORAL COLETIVO.

- Reconhecida a ilegalidade da conduta omissiva da autoridade administrativa competente para dar andamento ao procedimento para identificação de possível terra indígena e para a sua eventual demarcação, impõe-se a fixação de prazo para que a FUNAI profira a decisão cabível no processo administrativo e promova o seu andamento legalmente previsto, nos termos da Lei nº 9.784/99, art. 49.

- Não é razoável que se fixe arbitrariamente, na via judicial, um prazo certo e inflexível para o fim do procedimento considerado em seu todo, uma vez que não há como se dimensionar,

para o futuro, exatamente quanto tempo ainda será necessário para a adequada e legal solução do caso em exame - ainda que não só ante a natural complexidade destas situações, mas, principalmente, ante ao peculiar quadro social conflitivo gerado a partir da própria longa demora da Administração em solver a situação concreta em tela.

- A possibilidade de indenização por danos morais à coletividade deflui do que posto no art. 1º da Lei nº art. 7.347/85, que estabelece que a ação civil pública se presta à responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, mas também do constante do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Caso concreto que não se encaixa nos contornos do conceito jurídico permissivo desta espécie de responsabilização estatal.

(TRF4. AP 5005234-63.2014.4.04.7104/RS. Desembargador Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. DJe 27.10.2016) (grifos nossos)

AGTR. CONCESSÃO DO PRAZO DE 120 DIAS PARA SE PROCEDER À DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RAZOABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. *O Ministério Público Federal tem legitimidade para requerer “medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem” (Lei 6.001/73, art. 36).*
2. *Em nenhum momento se exige que a posse passível de proteção refira-se apenas a terras já demarcadas. Nada, efetivamente, justifica tal restrição. Pelo contrário, a ameaça à posse tradicional indígena bem pode decorrer da própria falta do ato formal de demarcação.*
3. *Sendo este o caso, não é de estranhar a presença da FUNAI no polo passivo da lide, sabido que a demarcação de terras indígenas dá-se por iniciativa e sob a orientação dela (Lei 6.001/73, art. 19; Decreto 1.775/96, art. 1º).*
4. *Consoante entendimento extraído da jurisprudência do STF, “é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (RE nº*

367.432 AgR, Segunda Turma, Min. Eros Grau, DJe 14/5/10).

5. Além de reconhecer aos índios os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, a Constituição Federal estabeleceu que a demarcação das terras indígenas deveria ser concluída no prazo máximo de cinco anos (Constituição Federal, art. 231; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 67).

6. O prazo assim estatuído, sabe-se, não é decadencial, mas “programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável” (RMS nº 26.212, STF, Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19/5/11).

7. Sob a métrica desse parâmetro, revela-se inaceitável que a Administração, conhecedora, desde 2007, do conflito de terras descrito na inicial da ação de origem, não haja, ainda hoje, mais de sete anos depois, sequer iniciado o estudo antropológico de identificação dos grupos étnicos nele envolvidos, tampouco os demais estudos prévios necessários à apuração da posse tradicional indígena e à eventual demarcação das terras correspondentes.

8. Os 120 dias estabelecidos para início desses trabalhos, longe de irrazoáveis, são condizentes com a urgência da situação, ante a necessidade de evitar que o conflito social já instalado na região, com efetiva ameaça à vida de pessoas, venha a assumir proporções desastrosas e difficilmente reversíveis.

9. Agravo de instrumento improvido.

(TRF5. Pje. AI 0806097-79.2015.4.05.0000. Desembargador Flavio Lima. DJe 18.12.2015) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. ÁREA DENOMINADA “BOCA DO MUCURA”. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE À RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. OMISSÃO ESTATAL CONFIGURADA. INÉRCIA SUPERIOR A DEZ ANOS PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO DA NATUREZA FUNDAMENTAL DO DIREITO À POSSE DA TERRA PELOS POVOS INDÍGENAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODE-

RES. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. PRECEDENTES.

1. Trata-se de apelações interpostas pela União e pela FUNAI, em desfavor da sentença pela qual o MM Juízo Federal da 1ª Vara Subseção Judiciária de Tefé/AM julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial, para condená-los “a ultimar o processo administrativo para a demarcação da Terra Indígena Boca do Mucura, localizada no Município de Fonte Boa/AM e ocupada por indígenas da etnia Kokama, consoante as etapas e prazos fixados no Decreto nº 1.775/96 e para que conclua no prazo máximo de 36 meses, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 por mês, a ser revertido em favor da própria comunidade organizada.”

2. Segundo a documentação presente nos autos, o pleito de reconhecimento e demarcação da referida área indígena remonta pelo menos ao ano de 2005, sendo certo, por outro lado, que depois de decorridos mais de dez anos do referido requerimento, a Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação da FUNAI emitiu a Nota Técnica nº 20, de 29 de fevereiro de 2016, informando que “até o presente momento não existe procedimento de demarcação em curso no âmbito desta Fundação para realizar estudos na área reivindicada pelo povo Kokama na área de-

nominada Boca do Mucura e se encontra atualmente em qualificação.”

3. Ainda que o decisum sob censura tenha enfrentado a controvérsia enfeixada nos autos sem se debruçar com maior minúcência sobre a afirmação de que a escassez de recursos impossibilitaria a FUNAI de dar cumprimento às suas obrigações institucionais com a presteza desejável, a questão foi abordada na sentença de forma suficiente à resolução da controvérsia. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

4. É uníssona a compreensão de que a posse da terra constitui um direito fundamental dos povos indígenas, forte em que a relação destes com seu habitat transcende a concepção de uma relação eminentemente civil e patrimonialista, constituindo-se em parte integrante de seus chamados direitos imemoriais, dentre os quais também se incluem as suas crenças, línguas, costumes e tradições, como expressamente definido no art. 231 da Constituição Federal.

5. É nesse cenário que o direito à posse da terra se consolida como um direito fundamental e originário, justamente porque era originária e imemorial a sua ocupação e porque ele instrumentaliza a proteção à própria identi-

dade das comunidades indígenas. A garantia à posse da terra, portanto, não é apenas uma medida vertical de proteção do Estado dispensada a quem não se pode autodeterminar, mas, antes, o reconhecimento de um direito àqueles que ao longo do processo secular de colonização foram paulatinamente despojados de seus tradicionais locais de habitação, vendo, também com isso, ser perigosamente comprometida a sua própria identidade cultural.

6. A Constituição Federal garante ao Poder Judiciário a atuação pronta e independente nos conflitos de interesse que substanciem a ocorrência de lesão ou de ameaça de lesão a direito, conforme estabelecido no inciso XXXV do art. 5º do Texto Constitucional, dispositivo que estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como um dos muitos mecanismos para a efetivação do Estado de Direito Democrático.

7. A atuação jurisdicional vindicada pelo Ministério Público Federal não objetiva a indevida substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na condução dos processos de demarcação das terras indígenas, porque a concepção da política pública em questão já foi previamente definida

em suas linhas gerais pela própria Constituição Federal, vindo a ser validamente regulamentada pelo Poder Executivo mediante a edição do Decreto nº 1.775/1996, dita-me normativo que em momento algum está sendo afastado ou manietado. Assim, a atuação jurisdicional provocada tem como causa a alegada mora do Estado-administração na adoção das medidas necessárias à concretização de uma política pública que já foi pregressamente concebida e normativamente operacionalizada. Inexistente, portanto, a alegada violação ao princípio da separação dos poderes.

8. Os tribunais pátrios edificaram a compreensão acerca da inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível como justificativa para o não atendimento de direitos fundamentais, à conclusão de que, em relação a eles, o Estado não tem espaço para recusas ou esquivas, devendo se esforçar e se esmerar para que as decisões políticas fundamentais insertas na Norma Matriz sejam concretizadas a partir da determinação do constituinte originário para que assim viesse a ser feito.

9. Repetindo a regra presente no art. 128 do CPC de 1973, o legislador ordinário manteve no art. 141 do atual CPC a impossibilidade de o julgador decidir o mérito da lide desbordando dos limites propostos pelas partes, confirmando, assim, o desca-

bimento do julgamento ultra e extra petita. Assim, inexistindo no feito pedido para que a União seja compelida a transferir numerário para a sua longa manus, essa lacuna não pode ser colmatada por ato de ofício do magistrado, sob pena de julgamento extra petita.

10. *A fixação antecipada da multa pelo Juízo da origem não guarda harmonia com a orientação desta Corte, no sentido de ser descabida a imposição prévia desse gravame contra a Fazenda Pública, porquanto inexistente notícia ou indicativo de que o comando judicial viria a ser desrespeitado.*

11. *Apelações e remessa oficial parcialmente providas. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento às apelações e à remessa oficial.*

(AC 0000624-56.2015.4.01.3202, JUIZ FEDERAL ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:19/12/2017) (*grifos nossos*)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS

OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALTO TROMBETAS - PA. ART. 68 DO ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCESSO NO ÂMBITO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (CCAF) HÁ MAIS DE OITO ANOS POR CONTA DE ALEGADA SOBREPOSIÇÃO DA TERRA REIVINDICADA SOBRE ÁREA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL. MORA ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 8º DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA (ASTREINTES). REDUÇÃO. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL.

I - O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reconheceu o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos à propriedade das terras por eles ocupadas e o Decreto nº 4.887/2003 regulamentou o procedimento administrativo para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação dessas áreas, conferindo ao Instituto Nacional

de Colonização e Reforma Agrária a prerrogativa de titulação dos territórios quilombolas - o que faz com supedâneo na Instrução Normativa nº 57/2009.

II - Na espécie, a despeito de iniciado o procedimento de reconhecimento da comunidade quilombola de Alto Trombetas em 2004 (PA nº 54100.002189/2004-20), o INCRA não publicou, até a presente data, o RTID, tendo em vista os procedimentos conciliatórios levados a efeito no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF envolvendo o INCRA, a UNIÃO e o ICMBio, por conta da alegada sobreposição da terra reivindicada pelas comunidades quilombolas com unidade de conservação ambiental (PA 00400.007270/2007-13).

III - Não merece prosperar a alegação de falta de interesse de agir do MPF porque à luz do art. 127 da Constituição Federal, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por essa razão, encontra-se habilitado a pleitear em juízo a conclusão dos procedimentos administrativos necessários à titulação das terras quilombolas em decorrência da mora administrativa, ainda que a discussão da matéria esteja no âmbito da Câmara de Conciliação de Arbitra-

gem da Administração Federal, porquanto inexiste vedação legal para a atuação do Ministério Público e a pretensão de conciliação administrativa envolvendo diversos órgãos federais não tem o condão de impedir o Órgão Ministerial de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, consoante regra do art. 129, I, da Carta Política de 1988.

IV - A pretensão do Ministério Público dirigida ao Poder Judiciário em matéria de ordem administrativa do Poder Executivo não viola o princípio da separação dos poderes, se realizada nos limites da atuação constitucionalmente reservada ao Judiciário e ao Ministério Público. Máxime porque “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes.” (ARE 905257 AgR, Relatora: Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, DJe 24-02-2016). Noutras palavras, “O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários não viola o princípio constitucional da separação dos poderes. Precedente: AI 777.502-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25/10/2010.” (ARE 736887 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe 22-05-2014).

V - Consoante o Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo ob-

jetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (ADPF 45 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004).

VI - Não cabe ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo nas hipóteses de justo motivo objetivamente comprovado, o que não é o caso dos autos em que os Recorrentes apenas suscitam inviabilidade orçamentária de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, sem demonstrar, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de cumprir com sua obrigação constitucional de promover os atos necessários à conclusão ou definição do procedimento administrativo instaurado para identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e titular as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, regulamentado pelo Decreto nº 4.887/2003.

VII - A despeito do conflito de interesses advindo da titulação da propriedade de comunidades remanescentes de quilombo ale-

gadamente sobreposta à área de preservação ambiental, o lapso temporal de mais de oito anos de trânsito do processo no âmbito da Câmara de Conciliação de Arbitragem da Administração Federal, sem que se aponte solução definitiva no horizonte administrativo, configura mora da Administração e autoriza o Poder Judiciário a estipular prazo razoável para a conclusão do procedimento porque não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a finalização dos atos de sua responsabilidade, tendo em vista o direito dos administrados ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, a teor do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. A propósito, o princípio da razoável duração do processo, proveniente da Emenda Constitucional nº 45/2004, harmoniza-se com a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e da eficiência (art. 37, caput, CF). Além disso, ostenta prerrogativa de cláusula pétreas, é autoaplicável e almeja impedir que decisão tardia converta-se em injustiça. Ademais, está previsto no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica e é tutelado pela Excelsa Corte ao assentar que “O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional

do "due process of law"." (HC 83773, Relator: Min. CELSO DE MELLO, 2^a Turma, DJ 06-11-2006 PP-00049).

VIII - Na hipótese de ação ou omissão do Poder Público que, do ponto de vista jurídico, agride injustificadamente interesses e valores abstratos da comunidade quilombola em razão da mora administrativa para a titulação das terras de Alto Trombetas - PA, reivindicadas nos termos do art. 68 do ADCT, fica configurado o dano moral coletivo instado como mecanismo de repreensão à violação do patrimônio deontológico, decorrente de ofensas que ultrapassam os limites toleráveis pelos institutos que regem os haveres coletivos. A propósito, "O dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos. Nesse sentido: REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 26/02/2010." (REsp 1509923/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 22/10/2015).

IX - Ao quantificar a indenização por dano moral o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o abalo suportado, sem caracterizar enriquecimento ilícito. Ou seja, "... a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso." (REsp 245727/SE, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª Turma, DJ 05/06/2000 p. 174).

X - O choque e a perturbação sofridos pelas comunidades remanescentes de quilombos em decorrência da injustificada mora administrativa no trato dos procedimentos que visam titularização da propriedade quilombola, abalam a moral coletiva e ensejam reparação pela via de indenização pecuniária. Assim, no caso concreto, o montante de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), fixado na sen-

tença recorrida, é suficiente para valorar a dor moral, tendo presente que "A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada" (REsp 617.131/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe 25/11/2009).

XI - Tendo presente a discussão a respeito dos critérios legalmente autorizados para a correção da dívida não tributária, em que o Supremo Tribunal Federal tratou da questão no julgamento das ações diretas de constitucionalidade nºs 4.357 e 4.425, porém, reconheceu repercussão geral no RE 870947 que discute o regime de atualização monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da Fazenda Pública, o melhor juízo é pela manutenção do entendimento estabelecido neste Tribunal, amparado em precedente repetitivo da Corte Cidadã (REsp 1.270.439/PR), no sentido de que nas condenações em matéria não tributária em face da Fazenda Pública deve incidir a taxa SELIC até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (30/06/2009), quando então os juros devem corresponder aos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança e a correção monetária ao IPCA, índice que melhor reflete a inflação do período.

XII - Merecem provimento o recurso da União e a remessa oficial em relação ao critério de correção da condenação pecuniária, a fim de que os juros moratórios sejam contados pelos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança incidam desde a citação, e a correção monetária pelo IPCA, desde a data da prolação da sentença.

XIII - A incidência de multa cominatória diária constitui eficaz instrumento processual de coerção indireta para a efetivação da ordem judicial consistente em obrigação de fazer, sendo que não há obstáculo para sua aplicação em face da Fazenda Pública, pois, "É adequada a previsão de incidência de multa cominatória diária para eventual descumprimento de decisão judicial, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp 1129903/GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/11/2010; AgRg no Ag 1247323/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2010; AgRg no REsp 1064704/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008)." (AgRg no AREsp 290.270/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 29/05/2014).

XIV - No caso como o dos autos em que a injustificada mora administrativa teve início em 2004 com a inauguração do processo junto ao INCRA e, em 2007, encaminhado à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, sem que até a presente data exista concreta previsão de conclusão dos trabalhos no âmbito conciliatório, merece prevalecer a incidência da multa cominatória estipulada na sentença. Todavia, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o fato de que "O artigo 461 do CPC permite que o magistrado altere, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo preclusão" (STJ: REsp 1432965/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3^a Turma, DJe 20/08/2014), reduzo o valor da astreinte arbitrado em primeira instância no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso, desde quando e se quando configurada a mora, que deverá iniciar-se dois anos após o dia do julgamento deste processo nesta Corte Regional de Justiça, se não operada a conclusão dos procedimentos administrativos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação da propriedade das terras ocupadas por re-

manescentes das comunidades dos quilombos de Alto Trombetas, objeto dos autos.

XV - Embora a pretensão inicial, em última análise, seja pela titulação da terra quilombola, o imbróglio foi direcionado para a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal em que contendem o INCRA, a União e o ICMBio, portanto, todos responsáveis, direta ou indiretamente pela conclusão do processo administrativo em discussão e, portanto, todos eles estão habilitados para integrarem a lide.

XVI - Apelações do INCRA, UNIÃO e ICMBio e remessa oficial parcialmente providas. Critério de correção monetária conforme item XII. Redução das astreintes e termo inicial da mora nos termos do item XIV. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento às apelações do INCRA, da União e do ICMBio e à remessa oficial.

(AC 0004405-91.2013.4.01.3902, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 23/05/2016) (grifos nossos)

3.2. Jurisprudência Internacional

3.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

3.2.2. Resumo do Caso Povo Xucuru e seus Membros *vs.* Brasil (2018)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou o Brasil pela demora excessiva no processo de demarcação do Território Indígena Xucuru/PE (2018).

O processo de demarcação foi iniciado em 1989. Em 2001, o Presidente da República expediu o Decreto homologatório. Ao tempo do registro do território junto ao Registro de Imóveis de Pesqueira/PE, o Oficial de Registro ajuizou ação de suscitação de dúvida, questionando aspectos formais da solicitação de registro da propriedade indígena. A resolução final, confirmando a legalidade do registro de imóveis, foi emitida pela Justiça Federal em 2005.

Em que pese o registro, houve várias ações de reintegração de posse que evitaram que o território fosse ocupado em sua integralidade pelo povo indígena.

Essa demora excessiva, tanto no processo de demarcação, quanto na efetiva ocupação do território pelo povo indígena, foi re-

conhecida pela Corte IDH, a qual condenou o Brasil, entre outras medidas, à indenização por dano moral coletivo (imaterial, na linguagem da sentença).

3.2.3. Extratos da Sentença

71. (...) O relatório foi aprovado pelo Presidente da FUNAI (*Despacho No. 3*), em 23 de março de 1992, e, em 28 de maio do mesmo ano, o Ministro da Justiça concedeu a posse permanente da terra ao Povo Indígena Xucuru mediante a Portaria No. 259/MJ/9254. Em 1995, a extensão do território indígena Xucuru foi retificada, determinando-se uma área de 27.555,0583 hectares (segunda etapa), realizando-se, posteriormente, a demarcação física do território (terceira etapa).

(...)

79. Em 18 de novembro de 2005, foi executada a titulação do território indígena Xucuru, ante o 1º Registro de Imóveis de Pesqueira, como propriedade da União para posse permanente do Povo Indígena Xucuru⁷³ (quinta etapa).

80. O processo de regularização das terras, com o objetivo de cadastrar os ocupantes não indígenas, foi iniciado em 1989,

*com os estudos de identificação, e foi concluído em 2007, resultando em 624 áreas cadastradas. O procedimento de pagamento de indenizações por benfeitorias de boa-fé teve **início em 2001**, e o **último pagamento** foi efetuado em 2013, concluindo a indenização de 523 ocupantes não indígenas. Das 101 terras restantes, 19 pertenciam aos próprios indígenas, restando, então, **82 áreas que eram propriedade de não indígenas**. Dessas 82 áreas, 75 foram ocupadas pelos Xucuru entre 1992 e 2012. Até a data de emissão da presente Sentença, 45 ex-ocupantes não indígenas não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estão em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos por benfeitorias de boa-fé. Além disso, seis ocupantes não indígenas permanecem dentro do território indígena Xucuru. (grifos nossos)*

C.3. Atos de hostilidade contra líderes do Povo Indígena Xucuru

87. O processo de delimitação, demarcação e desintrusão da terra indígena do povo Xucuru foi marcado por um contexto de insegurança e ameaças, que resultou na **morte de vários líderes indígenas** da comunidade.

88. A presença de ocupantes não indígenas no território do povo Xucuru, durante o processo administrativo de demarca-

ção, e a existência de interesses alheios provocou dissidências e conflitos internos na própria comunidade indígena.

89. *O filho e sucessor do Cacique Xicão, o Cacique Marquinhos, e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, receberam ameaças por sua posição de líderes da luta do Povo Indígena Xucuru pelo reconhecimento de suas terras ancestrais. Em 2001, as ameaças se concentraram no Cacique Marquinhos. A Comissão Interamericana concedeu medidas cautelares em favor de ambos, em 29 de outubro de 2002.*

90. *No entanto, o Cacique Marquinhos sofreu um atentado contra sua vida, em 7 de fevereiro de 2003, que causou a morte de dois membros do povo Xucuru, que acompanhavam o Cacique nesse momento. Esses acontecimentos desencadearam atos de violência no território indígena. Em consequência do exposto, foram expulsos aproximadamente 500 membros da comunidade da terra indígena Xucuru, os quais foram instalados no Município de Pesqueira.*

91. *Em 20 março de 2003, 101 o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) criou uma Comissão Especial com o objetivo de acompanhar a investigação de tentativa de homicídio contra o Cacique Marquinhos e os fatos conexos. Fi-*

nalmente, o Cacique foi incluído no Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos de Pernambuco, em 2008.

(...)

b.2. O dever de garantir o direito à propriedade coletiva e a segurança jurídica

121. Esta Corte afirmou reiteradamente que o artigo 1.1 da Convenção apresenta duas vertentes. Por um lado, se encontra a obrigação (negativa) de respeito, que implica que os Estados devem se abster de cometer atos que infrinjam os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas pela Convenção; por outro, encontram-se as obrigações (positivas) de garantia dos Estados. Essas obrigações implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Essas obrigações se configuram e devem manifestar-se de diferentes formas, dependendo do direito de que se trate. É evidente que, por exemplo, assegurar a igualdade e a não discriminação de jure e de facto não exige do Estado os mesmos atos praticados para assegurar o livre uso e gozo da propriedade privada ou,

como neste caso, da propriedade coletiva das populações indígenas.

122. Muito estreitamente vinculado ao anterior, encontra-se o princípio de segurança jurídica. Esse princípio garante, entre outros aspectos, estabilidade nas situações jurídicas, e é parte fundamental da confiança do cidadão na institucionalidade democrática. Essa confiança é um dos pilares essenciais sobre os quais reside um Estado de Direito, desde que se fundamente em uma real e efetiva certeza dos direitos e liberdades fundamentais. Este Tribunal coincide com seu par europeu no sentido de que esse princípio se encontra implícito em todos os artigos da Convenção. Em contraposição, a falta de segurança jurídica pode se originar em aspectos legais e administrativos, ou em práticas estatais que reduzam a confiança pública nas instituições (judiciais, legislativas ou executivas), ou no gozo dos direitos ou obrigações reconhecidos por meio daquelas, e implicarem instabilidade quanto ao exercício dos direitos fundamentais e de situações jurídicas em geral.

123. Desse modo, para esta Corte, a segurança jurídica sevê assegurada – entre outras concepções – enquanto exista confiança de que os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados e garantidos a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte na Convenção Americana. Isso, como se explicou,

pode se dar por diversos meios, dependendo da situação concreta e do direito humano de que se trate.

124. Para a situação em especial dos povos indígenas, a perita Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, observou que para garantir o uso e o gozo do direito da propriedade coletiva, os Estados devem assegurar que não exista interferência externa sobre os territórios tradicionais, ou seja, devem eliminar qualquer tipo de interferência sobre o território em questão por meio da desintrusão, com o objetivo de que o exercício do direito à propriedade tenha um conteúdo tangível e real. No mesmo sentido, manifestou-se no presente processo o perito Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso as populações ou povos interessados não possam exercer plenamente e de forma pacífica seu direito. A desintrusão não só implica a retirada de terceiros de boa-fé ou de pessoas que ocupem ilegalmente os territórios demarcados e titulados, mas a garantia de sua posse pacífica, e que os bens titulados careçam de vícios ocultos, isto é, que sejam livres de obrigações ou gravames em benefício de terceiras pessoas. Caso isso não se verifique, para a Corte é claro que o direito de propriedade coletiva não foi garantido por completo. Assim, a Cor-

te considera que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem segurança jurídica e proteção a esse direito.

(...)

129. *A controvérsia no presente caso ocorre, portanto, quando se trata de determinar se as ações executadas pelo Estado no caso concreto foram efetivas para garantir esse reconhecimento de direitos e o impacto que sobre ela teve a demora nos processos. Além disso, a Corte analisará se a demora em resolver as ações judiciais interpostas por terceiros não indígenas afetaram a segurança jurídica do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru.*

B.3. O prazo razoável e a efetividade dos processos administrativos

130. *A jurisprudência deste Tribunal salientou em outros casos que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propri-*

edade territorial. Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

131. Juntamente com o acima exposto, a Corte reiterou que o direito de toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, “constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”. Além disso, no que diz respeito a povos indígenas e tribais, é indispensável que os Estados ofereçam uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades e suas características econômicas e sociais, além de sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.

(...)

146. A Corte observa que, embora a homologação presidencial do território demarcado tenha ocorrido em 30 de abril de 2001, a solicitação da FUNAI de registro da propriedade foi impugnada pelo oficial do registro de imóveis de Pesqueira em agosto de 2002. Isso influenciou de maneira direta para que os territórios não fossem titulados até 18 de novembro de 2005. O Tribu-

nal observa que a demora de quatro anos para a resolução dessa ação aconteceu apesar de sua falta de complexidade. Nesse sentido, o atraso adicional na titulação das terras é diretamente imputável à atividade processual do Estado e das autoridades que fizeram tramitar a ação.

147. *De outra parte, no que se refere à desintrusão, o Tribunal considera que a conclusão é a mesma. Da prova disponível, se infere que a demora nesse processo ocorreu por dificuldades orçamentárias ou de organização do Estado. Em atenção a isso, as indenizações a terceiros de boa-fé e sua retirada do território tardou mais de 20 anos, 14 deles dentro da competência contenciosa da Corte (par. 77 a 80 supra), e esses trâmites ainda não foram concluídos.*

154. *Nesse sentido, a Corte constata que a homologação e registro do território indígena Xucuru até o ano 2005, e a lenta e incompleta desintrusão desse território, foram elementos fundamentais que permitiram a presença de ocupantes não indígenas e geraram – em parte – tensão e disputas entre indígenas e não indígenas (par. 87 a 91 supra). A Relatora Especial Tauli-Corpuz salientou em sua peritagem que um dos impactos negativos decorrentes da falta da regularização de territórios indígenas é o padrão de tensão e violência que habitualmente surge nessas situações. Essas circunstâncias, segundo seu conhecimento,*

mento, se veem agravadas pelas demoras nos referidos processos.

155. *A esse respeito, o Estado afirmou que a reocupação da maior parte do território pelo Povo Indígena Xucuru teve lugar entre 1992 e 2012. No entanto, o Estado não especificou em que períodos ou de que forma ocorreu a recuperação de cada parcela. O Estado tampouco apresentou prova de qual foi o processo de retirada das 624 ocupações cadastradas, ou de como foi esse processo. Por conseguinte, a Corte considera que as ações executadas pelo Estado não foram efetivas para garantir o livre gozo do direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru.*

156. *No entender deste Tribunal, embora seja certo que o povo Xucuru contou com o reconhecimento formal da propriedade coletiva de seus territórios desde novembro de 2005, não há hoje segurança jurídica sobre seus direitos à totalidade do território, ou seja, os integrantes do povo Xucuru não podem confiar em que todos os direitos vinculados a sua propriedade coletiva sejam respeitados e garantidos.*

157. A Corte observa que a ação de reintegração de posse No. 0002697- 28.1992.4.05.8300 (número original 92.0002697-4), interposta em março de 1992 (par. 74 supra), e a ação ordinária No. 0002246-51.2002.4.05.8300 (número original

2002.83.00.002246-6), que solicitava a anulação do processo administrativo de demarcação do território indígena Xucuru, com respeito a cinco imóveis (par. 85 supra), tiveram um impacto direto no direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru. Embora ambas as ações judiciais tenham sido apresentadas por terceiros não indígenas, é indiscutível que ambos os processos devem ser analisados pela Corte, pois tiveram um impacto direto na segurança jurídica da titularidade dos direitos sobre o território coletivo.

158. A ação de reintegração de posse interposta em 1992 somente chegou a uma decisão definitiva em 2014, quando adquiriu força de coisa julgada (par. 83 supra), isto é, 22 anos depois de sua interposição e 16 anos depois do reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Brasil. Essa ação tem impacto em 300 hectares do território Xucuru e pode ser executada a qualquer momento, sem prejuízo da excepcionalíssima ação rescisória apresentada pela FUNAI em 2016 (par. 84 supra). Por outro lado, a segunda ação, interposta em 2002, pretendia a anulação do processo administrativo e só chegou a uma resolução de mérito em 2012, sendo que ainda continuam pendentes recursos ante tribunais superiores (par. 85 e 86 supra).

(...)

209. Quanto ao dano imaterial, a Corte estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, o desrespeito de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”. A Corte salientou que “dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, só pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou a prestação de serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e de maneira justa”.

210. A Corte observa que as partes não especificaram suas solicitações a respeito do dano material ou imaterial, de modo que a Corte unicamente se refere ao dano imaterial provocado pelas violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença e à respectiva responsabilidade internacional do Estado em detrimento do Povo Indígena Xucuru.

211. Em consideração às violações de direitos humanos determinadas na presente Sentença, o Tribunal ordena a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial imposto aos membros do Povo Indígena.

Nesse sentido, a Corte esclarece que esse fundo é complementar a qualquer outro benefício presente ou futuro que caiba a esse povo indígena em relação aos deveres gerais de desenvolvimento do Estado.

212. A Corte fixa, de maneira justa, o montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para a constituição do referido fundo. O destino desse fundo deverá ser acordado com os membros do Povo Indígena Xucuru, quanto a qualquer medida que considerem pertinente para o benefício do território indígena e seus integrantes. A constituição do fundo em questão caberá ao Estado – em consulta com os integrantes do povo Xucuru –, num período não superior a 18 meses a partir da notificação da presente Sentença.

(...)

G. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

217. A quantia atribuída na presente Sentença, a título de reembolso de custas, será paga aos representantes, de forma integral, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

218. Caso o Estado incorra em mora sobre o Fundo de Desenvolvimento Comunitário, pagará juros sobre a quantia devida, já convertida em reais brasileiros, correspondente aos juros bancários de mora na República Federativa do Brasil.

219. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou seu equivalente em moeda brasileira, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao do pagamento.

220. Portanto,

A CORTE

(...)

DECLARA:

Por unanimidade, que:

3. *O Estado é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detri-*

mento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 130 a 149 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 150 a 162 da presente Sentença.

E DISPÕE:

Por unanimidade, que:

8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

9. *O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença.*

10. *O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos.*

11. *O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. (grifos nossos)*

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

4. Nulidade dos Títulos de Propriedade sobre Terras Indígenas

"VOCÊS DEVEM ENSINAR ÀS SUAS CRIANÇAS QUE O SOLO A SEUS PÉS É CINZA DE NOSSOS AVÓS. PARA QUE RESPEITEM A TERRA, DIGAM A SEUS FILHOS QUE ELA FOI ENRIQUECIDA COM A VIDA DE NOSSO POVO. ENSINEM AS SUAS CRIANÇAS O QUE ENSINAMOS AS NOSSAS, QUE A TERRA É NOSSA MÃE. TUDO O QUE ACONTECER À TERRA, ACONTECERÁ AOS FILHOS DA TERRA. SE OS HOMENS COSPEM NO SOLO, ESTÃO CUSPINDO EM SI MESMOS.

ISTO SABEMOS: A TERRA NÃO PERTENCE AO HOMEM; O HOMEM PERTENCE À TERRA.

ISTO SABEMOS: TODAS AS COISAS ESTÃO LIGADAS, COMO O SANGUE QUE UNE UMA FAMÍLIA. HÁ UMA LIGAÇÃO EM TUDO (...) O HOMEM NÃO TRAMOU O TECIDO DA VIDA; ELE É SIMPLESMENTE UM DE SEUS FIOS. TUDO O QUE FIZER AO TECIDO, FARÁ A SI MESMO."

CACIQUE SEATTLE (POVO SUQUAMISH/EUA)

4.1. Jurisprudência Nacional

4.1.1. Resumo do Caso

O Estado do Mato Grosso ajuizou as Ações Civis Originárias (ACOs) 362 e 366, na década de 1980, alegando que as áreas indígenas, entre elas a Terra Indígena do Xingu (antigo Parque Indígena do Xingu), por exemplo, eram terras devolutas, e, portanto, de domínio estadual. Assim, defendia que foi lícito o repasse de parte do território indígena a particulares, entre as décadas de 1930 a 1980, gerando títulos de propriedade privada. O pedido era para que o Estado fosse indenizado por desapropriação indireta em face da União e da Fundação Nacional do Índio (Funai).

O Ministério Público Federal (MPF), a União e a Funai defenderam que a área é tradicionalmente ocupada pelos indígenas desde o século XIX, segundo laudo antropológico. Portanto, o fato de o Estado do Mato Grosso ter repassado as terras a particulares torna esses títulos de propriedade nulos de pleno direito, já que as Constituições, anteriores e atual, assim previram expressamente. Desse modo, defendiam que, se o título de propriedade está em confronto com a própria Constituição, não se pode falar em direito adquirido.

A defesa se baseava também em precedente do Supremo Tribunal Federal julgado em 1993 (ACO 323/MG). Nesse caso, foi declarada a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais, incidentes sobre a Terra Indígena Krenak.

4.1.2. Extratos do Acórdão

As Ações Civis Originárias (ACOs) 362 e 366 foram julgadas simultaneamente. A primeira foi assim ementada:

*INDENIZAÇÃO – ESTADO – TERRAS INDÍGENAS.
Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.
(ACO 362, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02-10-2017 PUBLIC 03-10-2017)*

O voto condutor faz um relato histórico das Constituições nacionais:

Desde a Carta de 1934 é reconhecida a posse dos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam:

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Assim versava a Constituição de 1937:

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Na de 1946, estava previsto:

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Eis os dispositivos da Carta de 1967:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;

[...]

Art 186. É assegurada aos silvícios a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

A Emenda nº 1/1969 preceituou:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV – as terras ocupadas pelos silvícios;

[...]

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícios são inalienáveis nos têrmos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícios. § 2º A nulidade e extinção de que trata

o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Por fim, a Constituição de 1988 preconiza:

Art. 20. São bens da União:

[...]

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domí-

nio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas. O Supremo possui antigo precedente sobre o tema, consubstanciado em decisão que teve por objeto a constitucionalidade da Lei nº 1.077/1950, do Estado de Mato Grosso, a qual reduziu a amplitude da área de terras que se achavam na posse dos silvícolas – recurso extraordinário nº 44.585, relator o ministro Ribeiro da Costa, julgado em 30 de agosto de 1961.

O Min. Alexandre de Moraes, acompanhou o Ministro-Relator para confirmar que desde a Carta de 1934 não se pode caracterizar as terras indígenas como devolutas:

Em relação a esse primeiro tópico, da não comprovação da transformação das áreas em devolutas, enfrento a alegação genérica que faz o autor, o Estado do Mato Grosso, a respeito da Constituição de 1891. Trata-se, na verdade, de uma leitura imprecisa daquela Constituição de que as áreas teriam passado imediatamente ao domínio dos Estados. Isso, porém, não se aplicava às terras ocupadas pelos indígenas, que eram terras congenitamente possuídas. No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas:

“(...) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originalmente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto nº1854 (...)” (Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, 1012, p. 62)
(...)

Ou seja, não se aplicou a disposição do artigo da Constituição de 1891 em relação à devolutividade das áreas e, a partir desse erro inicial de interpretação do Estado do Mato Grosso, todos

os demais se demonstram absolutamente desconectados com a legislação constitucional e legal, tanto que o tratamento dado durante todo esse tempo e o tratamento dado pelo Estado do Mato Grosso a essas terras eram "terrás devolutas de ocupação indígena". Ora, ou são áreas devolutas, ou são áreas indígenas; não existem "terrás devolutas de ocupação indígena".

[...]

Não é possível, insisto, falar em terrás devolutas ocupadas por silvícolas. Ou são "devolutas", e aí seriam do Estado. Ou são "indígenas", e aí seriam da União.

Dessa forma, se não cabe falar, no caso, em terrás devolutas, consequentemente, a propriedade, o domínio, não passou para o Estado em momento algum. Esse domínio foi caracterizado e, posteriormente, consagrado da União, e a União não precisa indenizar, seja o Estado, sejam particulares, pela utilização das suas próprias terras para uma destinação constitucionalmente prevista, que é o reconhecimento dessas áreas indígenas.

Portanto, o STF considerou que as terras indígenas jamais passaram ao controle dos estados (terrás devolutas). Faltava, assim, apenas analisar se as terras em questão são ou não indígenas. Nesse

ponto, a Corte Maior se apoiou na prova dos autos, mais precisamente no laudo antropológico, como se vê no voto condutor:

A prova coligida no processo, ao contrário do sustentado pelo autor, é farta no sentido de que não apenas a totalidade das terras integrantes do Parque Indígena do Xingu é de tradicional ocupação indígena como também muitas das áreas adjacentes.

O laudo antropológico “A ocupação indígena da região dos formadores e do alto curso do rio Xingu (Parque Indígena do Xingu)”, juntado à folha 1.053 a 1.174, elaborado em 1987 pela professora Bruna Franchetto, traz detalhado panorama histórico da presença indígena na região. Nele, relata-se que a existência de diversas tribos na área do Alto Xingu já havia sido mapeada pela expedição pioneira de von den Steinen, entre 1884 e 1887, bem como por diversas expedições que se seguiram no início do século XX. Narra-se que o panorama da ocupação indígena naquela região foi atualizado com os trabalhos da Fundação Brasil Central – criada pelo Decreto-Lei nº 5.878, de 4 de outubro de 1943, com a missão de “desbravar e colonizar as zonas compreendidas nos altos rios Araguaia, Xingu e no Brasil Central e Ocidental” – e pela frente de campo, a Expedição Roncador-Xingu, marco da marcha para o oeste impulsionada pelo Governo de Getúlio Vargas no mesmo ano. Afirma-se ter sido, a partir do mapeamento minucioso dos povos indígenas,

consideradas as descobertas da Expedição comandada pelos irmãos Villas-Bôas, originada a ideia de criação do Parque Indígena do Xingu. O laudo não deixa dúvidas sobre a histórica ocupação de silvícolas na área em jogo.

No mesmo sentido, o substancioso laudo antropológico produzido por João Dal Poz Neto para instruir o processo apresenta, em detalhes, a tradicional presença de inúmeros povos indígenas em toda a região do rio Xingu. O perito faz referência a estudos arqueológicos realizados na região a comprovarem a ocupação indígena de vários pontos da bacia do Xingu há pelo menos 800 anos, tendo sido bem delineada desde a expedição de von den Steinen, no final do século XIX. Menciona os achados da Expedição Roncador-Xingu e a “Carta do Estado do Mato Grosso e regiões circunvizinhas”, publicada em 1952 sob a coordenação do marechal Cândido Rondon, na qual foram identificadas as aldeias de todos os povos xinguanos com existência conhecida. Assevera ter “a justa convicção de que as terras do Parque Xingu e áreas adjacentes estão caracterizadas positivamente como de ocupação tradicional dos povos indígenas referidos, nos termos da Constituição em vigor e das anteriores”.

As observações do Estado autor não têm o efeito de afastar as conclusões do último laudo, podendo-se afirmar que as terras que passaram a compor o Parque Xingu não eram de titulari-

dade do Estado de Mato Grosso, pois ocupadas, historicamente, por povos indígenas.

Julgo improcedente o pedido veiculado nesta ação, assentando não ser devida indenização.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

4.1.3. Acórdãos Correlatos

Antes do julgamento das ACOs 362 e 366 pelo STF, o Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1) já reconhecia a prevalência da posse indígena sobre qualquer título de propriedade localizado em território indígena:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS RIKBAKTSÁ. ÁREA INDÍGENA ESCONDIDO. ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. A Constituição Federal de 1988, assim como as que a antecederam, preocupou-se em proteger os direitos e interesses das

populações indígenas, acolhendo o instituto do indigenato ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente habitam (art. 231).

2. O § 6º do art. 231 da Constituição Federal expressamente dispõe que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos de pleno direito, não havendo qualquer direito à indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

3. O apelante adquiriu as terras sub judice em 18/12/92 de Waldomiro Bussolaro, a quem o imóvel fora alienado pela Contrigaçu Colonizadora do Aripuanã S/A (07/07/92) - sob a vigência, portanto, do art. 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988 - inexistente nos autos, por outro lado, demonstração da cadeia dominial remontando ao estado de Mato Grosso, ou seja, documentos alusivos às alienações efetuadas pelo ente federativo aos antigos adquirentes.

4. A perícia judicial antropológica concluiu que o imóvel em questão está encravado em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Rikbaktsa (Área Indígena Escondido). Não há como negar que antes mesmo de ser transferida mediante título dominial ao apelante, a área liti-

giosa era e continua sendo habitada em caráter permanente por aquela comunidade indígena, que já a utilizava de maneira legítima, segundo seus usos e costumes.

5. A existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome do particular qualifica-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevalece o disposto no art. 231, § 6º, da CF/88. Tais títulos são eficazes apenas para comprovar a boa-fé dos réus, outorgando-lhes direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias.

6. Inexistindo benfeitorias no imóvel em questão, não há que se falar em indenização pelo desapossamento.

7. Apelação não provida.

(TRF-1 - AC: 30676220064013600, Relator: DESEMBAR-GADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 25/11/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/12/2014). (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. TERRAS TRADICIO-

NALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. PERDAS E DANOS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. *A posse dos índios é imemorial, não importando, pois, que o não-índio não esteja há muitos anos na posse efectiva da terra.*
2. *Estudos que comprovam, detalhada e precisamente, que a área sub judice deve ser reconhecida como terra tradicionalmente ocupada por índios. Incabível a indenização por perdas e danos.*
3. *Apelação não provida.*

(TRF-1 - AC: 997 MT 0000997-69.2006.4.01.3601, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 10/09/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.237 de 28/09/2012). (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ÁREA INDÍGENA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. CONSTITUIÇÃO, ART. 231, §§ 1º E 6º. ESBULHO PRATICADO POR BRANCOS. BENFEITORIAS. BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO.

1. Nos termos do art. 231, §§ 1º e 6º, da Constituição, pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.
2. Os índios têm uma relação muito particular com a terra que ocupam, já que a utilizam como sustentáculo de toda uma vida - nela habitam, trabalham, dela retiram a comida e criam os filhos. A importância da terra para a comunidade indígena é muito maior do que para o mundo já aculturado, porque representa a própria noção de existência. Daí a luta para manter a terra em suas mãos.
3. Têm os índios direito de permanecer nas terras que foram deles e com a qual guardam estreita relação, independentemente de estarem na área pretendida à época da promulgação da Constituição de 1988, porque dela foram retirados contra a sua vontade.
4. As benfeitorias feitas pelos então possuidores devem ser indenizadas, por estarem de boa-fé, ancorados em títulos que davam presunção de ocupação lícita.
5. Embargos infringentes parcialmente providos para assegurar a indenização pelas benfeitorias.

(TRF-1 - *EIAC: 36916 MT 2001.01.00.036916-5, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 26/07/2011, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF1 p.063 de 08/08/2011*). (grifos nossos)

4.2. Jurisprudência Internacional

4.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

4.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai (2010)

A região do Chaco paraguaio é habitada por vários povos indígenas desde tempos imemoriais. A economia é baseada em agricultura sazonal, caça e pesca, o que acarretava a ocupação de um extenso território. Essa forma de viver se manteve até o século XIX, perpassando a colonização espanhola. Entre os anos de 1885 e 1887, o Governo do Paraguai, precisando pagar a dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), vendeu 2/3 do Chaco na Bolsa de Londres. A região, na época, era habitada exclusivamente por povos indígenas, que não tiveram conhecimento da transação.

A partir de então, o Chaco sofreu expansão da fronteira agropecuária, sobretudo pelas frentes de cultivo, exploração madeireira e criação de gado pelos supostos proprietários da área. Os indígenas ficaram confinados em pequenos territórios. Em 2010, 45% das 525 comunidades indígenas da região não possuíam direito à terra. Foi nesse cenário que a comunidade indígena Xákmok Kásek decidiu reivindicar uma área de 10.700 hectares (Fazenda Salazar) e outra de 1.500 hectares, chamada de “25 de Febrero” perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

4.2.3 Extratos da Sentença

A sentença faz uma análise da situação dos indígenas:

203. Quanto ao acesso a serviços de saúde, a Comissão alegou que as crianças “sofrem de desnutrição” e os demais membros em geral sofrem de doenças como tuberculose, diarreia, mal de Chagas e outras epidemias ocasionais. Além disso, indicou que a Comunidade não teve uma assistência médica adequada e as crianças não recebem as vacinas correspondentes (...) Portanto, “os doentes graves devem ser atendidos no Hospital da cidade de Limpio, que dista mais de 400 quilômetros do assentamento

da Comunidade e cuja passagem de ônibus está fora do alcance econômico”, dos membros da Comunidade.

(...)

209. Quanto ao acesso a serviços de educação, a Comissão alegou que o Relator sobre Povos Indígenas da Comissão Interamericana “constatou as precárias condições da escola onde asistem ao redor de 60 meninos e meninas da Comunidade”. Indicou que a “escola tem uma superfície aproximada de 25[m²], sem um teto adequado que proteja da chuva e sem chão, não tem mesas, cadeiras, nem materiais educativos”. Ademais, indicou que “os meninos e as meninas ausentam-se cada vez mais da escola por falta de alimentos e de água”. Os representantes coincidiram com os fatos alegados pela Comissão e adicionaram que “o ensino é dado em guarani e em castelhano e não em sanapaná ou enxet, os idiomas dos membros da Comunidade”.

(...)

1. O direito à vida digna

1.1. Acesso e qualidade da água

194. De acordo com o manifestado pelo senhor Pablo Balmaceda, desde o ano de 2003 os membros da Comunidade não tinham serviço de distribuição de água. Da prova fornecida se evidencia que a partir de abril de 2009, em virtude do Decreto nº 1.830, o Estado forneceu água aos membros da Comunidade assentados em “25 de Febrero” nas seguintes quantidades: 10.000 litros em 23 de abril de 2009, 20.000 litros em 3 de julho de 2009, 14.000 litros em 14 de agosto de 2009, e 20.000 litros em 10 de agosto de 2009. Em 5 de fevereiro de 2010, o Estado indicou que havia entregado cinco reservatórios de 6000 m³ à Comunidade.

A Corte IDH fez também a relação entre território e identidade:

175. Quando se trata de povos indígenas ou tribais, a posse tradicional de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação formam parte de sua identidade. Tal identidade alcança um conteúdo particular em razão de sua percepção coletiva enquanto grupo, suas cosmovisões, seus imaginários coletivos e a relação com a terra onde desenvolvem sua vida.

176. Para os membros da Comunidade Xákmok Kásek, traços culturais como as línguas próprias (*Sanapaná e Enxet*), os rituais de xamanismo e os de iniciação masculina e feminina, os saberes ancestrais xamânicos, a forma de lembrar seus mortos, e a relação com o território são essenciais para sua cosmovisão e sua forma particular de existir.

177. Todos estes traços e práticas culturais dos membros da Comunidade foram impactados pela falta de suas terras tradicionais. Conforme a declaração da testemunha Rodrigo Villagra Carron o processo de deslocamento do território tradicional indicou “no fato de que as pessoas não possam enterrar [seus familiares] nos lugares escolhidos, [...] que não possam voltar [a esses lugares], que esses lugares também tenham sido de alguma maneira dessacralizados [...]. [Este] processo forçoso implica que toda essa relação afetiva não pode acontecer, nem essa relação simbólica, nem espiritual”.

178. O senhor Maximiliano Ruiz indicou que a religião e a cultura “quase se perdeu totalmente”. A testemunha Rodrigo Villagra Carron expôs as dificuldades que os membros da Comunidade têm para seus ritos de iniciação masculina e feminina, assim como a perda paulatina do xamanismo.

179. Outro traço da integridade cultural dos membros da Comunidade são suas línguas. No transcurso da audiência pública o senhor Maximiliano Ruiz manifestou que na Fazenda Salazar unicamente lhes ensinavam a falar em espanhol ou em guarani e não em suas próprias línguas. Em igual sentido, a senhora Antonia Ramírez ao ser questionada pela Comissão durante a audiência de se falava a língua sanapaná, indicou que sim, mas que seus filhos e seus netos não falam sanapaná, mas guarani.

180. Além disso, a falta de suas terras tradicionais e as limitações impostas pelos proprietários privados repercutiu nos meios de subsistência dos membros da Comunidade. A caça, a pesca e a coleta se tornaram cada vez mais difíceis, levaram os indígenas decidiram sair da Fazenda Salazar e realocar-se em “25 de Febrero” ou em outros lugares, desagregando-se assim parte da Comunidade (pars. 75 a 77, 79 e 98 supra).

181. Todas estas violações são incrementadas com o transcurso do tempo e aumentam a percepção dos membros da Comunidade de que suas reivindicações não são atendidas.

182. Em resumo, este Tribunal observa que os membros da Comunidade Xákmok Kásek têm sofrido diversos danos à sua identidade cultural que se produzem primordi-

almente pela falta de seu próprio território e dos recursos naturais que aí estão, o que representa uma violação do artigo 21.1 da Convenção em relação ao artigo 1.1 da mesma. Estes danos são uma mostra adicional da insuficiência da visão meramente “produtiva” das terras à hora de ponderar os direitos em conflito entre os indígenas e os proprietários particulares das terras reclamadas. (grifos nossos)

(...)

323. Tendo isso em consideração e como foi feito em casos anteriores, a Corte considera procedente ordenar, em equidade, que o Estado crie um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial sofrido pelos membros da Comunidade. Este fundo e os programas que chegarem a apoiar deverão ser implementados nas terras que sejam entregues aos membros da Comunidade, conforme os parágrafos 283 a 286 e 306 desta Sentença. O Estado deverá destinar a quantia de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América) para esse fundo, a respeito do qual devem ser destinados recursos, entre outras coisas, para a implementação de projetos educacionais, habitacionais, de segurança alimentar e de saúde, assim como de fornecimento de água potável e a construção de infraestrutura

sanitária, em benefício dos membros da Comunidade. Estes projetos deverão ser determinados por um comitê de implementação, descrito a seguir, e deverão ser completados em um prazo de dois anos, a partir da entrega das terras aos membros da Comunidade.

(...)

325. Por outro lado, à luz das conclusões realizadas no capítulo da presente decisão sobre o artigo 4.1 da Convenção, a Corte considera procedente, conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial, que o Estado entregue a soma compensatória de US\$ 260.000 (duzentos e sessenta mil dólares dos Estados Unidos da América) aos líderes da Comunidade Xákmok Kásek. Esta indenização por dano imaterial em favor dos membros da Comunidade que faleceram (par. 234 supra) deverá ser colocada à disposição de referidos líderes da Comunidade, no prazo de dois anos a partir da notificação desta Sentença, para que conforme seus costumes e tradições entreguem a quantia que corresponda aos familiares das pessoas falecidas ou invistam o dinheiro no que a comunidade decidir, conforme seus próprios procedimentos de decisão.

A CORTE

(...)

DECLARA,

Por sete votos contra um, que

2. O Estado violou o direito à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados respectivamente nos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 54 a 182 desta Sentença.

Por sete votos contra um, que,

3. O Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 desta Sentença.

(...)

Por unanimidade, que,

5. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo

1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 242 a 244 desta Sentença.

(...)

Por sete votos contra um, que,

9. O Estado descumpriu o dever de não discriminar, contido no artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação aos direitos reconhecidos nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3, e 19 do mesmo instrumento, de acordo com o exposto nos parágrafos 273 a 275 desta Sentença.

E, DISPÕE

Por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação.

12. O Estado deverá devolver aos membros da Comunidade Xákmok Kásek os 10.700 hectares reclamados por esta, na forma e nos prazos estabelecidos nos parágrafos 281 a 290 desta Sentença.

13. O Estado deverá velar imediatamente que o território reclamado pela Comunidade não se veja prejudicado por

ações do próprio Estado ou de terceiros particulares, conforme o disposto no parágrafo 291 desta Sentença.

14. O Estado deverá, dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, remover os obstáculos formais para a titulação dos 1.500 hectares em "25 de Febrero" em favor da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o disposto no parágrafo 293 desta Sentença.

15. O Estado deverá titular, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, os 1.500 hectares em "25 de Febrero" em favor da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o estabelecido nos parágrafos 294 e 295 desta Sentença.

16. O Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, nos termos do parágrafo 297 da mesma.

17. O Estado deverá realizar as publicações ordenadas no parágrafo 298 desta Sentença, na forma e nos prazos indicados no mencionado parágrafo.

18. O Estado deverá dar publicidade, através de uma emissora de rádio de ampla cobertura na região do Chaco, ao resumo oficial da Sentença emitido pela Corte, na forma e no prazo indicado no parágrafo 299 desta Sentença. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

5. Direito à Revisão da Terra Indígena

“A VIOLÊNCIA GERADA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS SURGE DA FALTA DE RECONHECIMENTO DAS TERRAS INDÍGENAS, DO EXTREMO GRAU DE CRIMINALIZAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E DA IMPUNIDADE SOBRE O QUE ACONTECE EM RELAÇÃO ÀS TERRAS INDÍGENAS.”

JOÊNIA WAPICHANA

(POVO WAPICHANA/RR)

5.1. Jurisprudência Nacional

5.1.1. Resumo do Caso

O povo Myky/MT obteve a demarcação de sua terra em 1978, e homologação em 1987, sem qualquer estudo técnico e em desacordo com as normas que regulavam o processo de demarcação à época. Aliás, o processo se deu por um fazendeiro que disputava a terra com os indígenas: “*Em 1976, Benedito Mauro Tenuta, encaminhou à Funai uma proposta para custear a demarcação da TI Menkü (povo Myky), com a seguinte descrição: ‘...solicita apreciação de proposta e posterior autorização do início dos trabalhos demarcatórios que poderão ser acompanhados por elemento da FUNAI e da própria comunidade indígena Myky.’*”² A área demarcada era insuficiente para a reprodução física e cultural dos indígenas.

Após longo período de reivindicação, em 2007 foi constituído Grupo Técnico para (re)fazer os estudos que demonstrariam o verdadeiro polígono das áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Ao fim do processo demarcatório, grupos de fazendeiros ajuizaram ações com o objetivo de suspender o processo, sob a ale-

2 A passagem consta do voto condutor.

gação de que a Terra Indígena não poderia ser ampliada diante da decisão do caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O argumento foi acatado em primeiro grau. Já no Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1), após apelações do Ministério Público Federal (MPF) e da Fundação Nacional do Índio (Funai), a possibilidade de ampliação de terra indígena foi reconhecida.

5.1.2. Extratos do Acórdão

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ÁREA INDÍGENA. PRECEDENTE DO STF (PET. 3.388/RR). INAPLICABILIDADE. PORTARIA N. 1.573/2011. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADE INDÍGENA (MYKY). RESERVA INDÍGENA MENKÜ. REVISÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIOS INSANÁVEIS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO ORIGINÁRIO. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA NEGADA.

-
- 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388/RR (demarcação Raposa Serra do Sol) não é vinculante e não se aplica a outros casos em que se discute a possibilidade de revisão de demarcação de terras indígenas concretizadas antes da Constituição, havendo de prevalecer as particularidades de cada caso concreto.*
 - 2. É legal a Portaria nº 1.573/2011, que constitui Grupo Técnico para realizar estudos direcionados à revisão de processo demarcatório, diante das evidências de graves vícios no processo de demarcação original, que restou homologado pelo Decreto nº 94.013, de 11/02/1987.*
 - 3. Não há demonstração de que tenha sido fragilizado o devido processo legal administrativo, diante de ter sido franqueada a participação dos interessados e oportunizada a ampla defesa.*
 - 3. Configura-se a nulidade do processo demarcatório original por (i) ter sido promovido por fazendeiro com interesses contrapostos à comunidade indígena, (ii) não estar lastreado em levantamento fundiário, em flagrante desatenção ao que dispõe o Decreto nº 76.999/1976, (iii) haver inconsistências não sanadas e devidamente apontadas pelo engenheiro agrônomo que atuou no processo demarcatório original, que resultou em usurpação de*

parte da área originalmente ocupada pela comunidade indígena Myky.

4. É viável a revisão de processo demarcatório realizado anteriormente à Constituição de 1988 para adequar à norma constitucional vigente, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (MS 14987/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010)

5. Ato de revisão praticado dentro da prerrogativa da Administração de rever/anular seus atos quando eivados de vícios, notadamente por se tratar de direito imprescritível, consoante expressamente ressalva do § 4º do artigo 231 da Constituição Federal.

6. Segurança denegada, com permissão para imediata continuidade dos estudos de identificação e revisão dos limites da Terra Indígena Menkü.

7. Dar provimento às apelações do MPF e da FUNAI e à remessa oficial.

(AC 0012899-30.2012.4.01.3400, DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:08/05/2018) (grifos nossos)

O voto condutor assim pontuou:

O juízo de primeiro grau proferiu sentença concedendo a segurança para anular a Portaria nº 1.573/2011, que teria constituído Grupo Técnico para revisão/ampliação das Terras Indígenas Menkü, tradicionalmente ocupadas pela Comunidade Indígena Myky, pautado em equivocada interpretação da decisão proferida pelo STF na Pet. 3388/RR, que, sob a compreensão do magistrado, teria obstado a possibilidade de ampliação de terras indígenas, sendo esse o escopo da instituição do grupo técnico pela mencionada portaria.

Primeiramente, conforme o próprio magistrado reconhece, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não possui efeito vinculante. E não poderia ser diferente, pois analisou caso distinto, de outra comunidade indígena, com particularidades específicas e que não poderiam servir de amparo para a paralisação do Processo Administrativo, cujo escopo é redefinir a área demarcada à comunidade indígena Myky, diante dos evidentes e insanáveis vícios constatados na demarcação originária. (grifos nossos)

E essa ponderação foi ressaltada pela Eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Relatora do Agravo de

Instrumento interposto contra a decisão que deferiu a liminar neste mandado de segurança, que, antevendo a regularidade da Portaria impugnada, advertiu que a decisão do STF não se aplicaria ao caso em debate, e o fez com clarividência. Confirma-se:

A FUNAI instaurou procedimento administrativo para a revisão dos limites da Terra Indígena Menkü, com a observância das regras do Decreto nº 1.775/96.

A leitura dos autos revela que a agravante logrou comprovar que a área foi demarcada nos idos de 1970/1980 sem critérios científicos: não houve estudos técnicos-antropológicos, ambientais e fundiários fundamentados. Nos anos 70 e 80 do século passado a demarcação da área indígena era basicamente feita por engenheiro agrimensor, a partir da descrição da reserva disposta em atos normativos e não na identificação das áreas imprescindíveis para os povos indígenas.

(...)

Correta, portanto, a agravante ao afirmar que o processo originário de demarcação da terra indígena Menkü

apresenta vícios que implicaram inadequado dimensionamento da área.

Não incide na espécie dos autos na orientação da Pet nº 3.388/STF (relativa à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), mas na possibilidade de revisão de terra indígena demarcada sob a égide da ordem constitucional anterior, já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

(...)

Sobre a impossibilidade de aplicação do precedente expresso na Pet 3.388/RR ao caso em análise, o próprio STF já se pronunciou:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) III - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovi-

da de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar". IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 27.939 DISTRITO FEDERAL; Rel. Ricardo Lewandowski. Jul. 13/08/2014).

E não desafia grande esforço hermenêutico para se chegar à conclusão sobre a existência de sérios vícios no processo demarcatório, pois a demarcação originária foi iniciada por solicitação de Fazendeiro da localidade, cujo interesse era contraposto ao da comunidade indígena, além de não ter sido submetida a prévio estudo antropológico, além de concluir com diversos erros de natureza técnica. Transcrevo, nesse aspecto, a Informação Técnica nº 15/CGID/2012, de 02 de abril de 2012, que bem esclarece o contexto fático em que concretizada a demarcação original e que leva à inevitável conclusão acerca dos seus vícios insanáveis:

(...)

As informações transcritas revelam-se esclarecedoras sobre o contexto em que as terras indígenas Menkù foram demarcadas, evidenciando vícios insanáveis de natureza técnica, legal e que resultaram em usurpação de parte da área tradicionalmente ocupada pela comunidade Myky.

Destaco que o vício do processo demarcatório não se restringe à ausência de estudos antropológicos, mas, inclusive, em virtude das inconsistências apontadas pelo próprio engenheiro agrônomo que analisou, na época, a regularidade da demarcação, tendo indicado vícios de ordem técnica que inviabilizavam a conclusão dos trabalhos, mas, a despeito de sua manifestação, nenhuma providência foi tomada em atenção ao parecer apresentado, acabando por ser homologada a demarcação, mantidas as inconsistências.

As Portarias nºs 1069/2007, 302/2008 e 1.573/2011, que constituíram Grupo Técnico para revisão/ampliação da área indígena, foram editadas dentro da prerrogativa da Administração de rever seus atos quando eivados de vícios.

Em se tratando de direito sobre terras tradicionalmente ocupadas por indígenas é a própria Constituição Federal que traz a imprescritibilidade desse direito ao dispor em seu § 4º do art. 231 o seguinte:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

(Grifamos.)

Assim, a viabilidade da revisão da terra demarcada tem respaldo no próprio texto da Constituição, que confere ao direito sobre as terras indígenas a natureza de imprescritível.

Reconheço fragilidade nos argumentos apresentados pela impetrante quanto à impossibilidade de ser revista a demarcação concretizada, notadamente porque a demarcação das terras indígenas consiste em atribuição conferida pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) à União, tendo por escopo a proteção dos direitos e interesses dos índios; não podendo ser interpretada em prejuízo ao reconhecimento

desses direitos, inclusive por sua natureza meramente declaratória, que não afeta o direito sobre o território tradicionalmente ocupado por determinada comunidade, de status inegavelmente originário.

Sobre a possibilidade de revisão da demarcação concretizada sob a égide da Constituição anterior já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

**ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA
INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE
PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITA-
ÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR
(RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL)
- DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO
DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DE-
MARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTI-
TUCIONAL ANTERIOR - POSSIBILIDADE.**

1. *Processo administrativo regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96). Ausência de cerceamento de defesa.*

-
2. *A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.*
 3. *Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.*
 4. *A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.*
 5. *Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ.*
 6. *A interpretação sistemática e teleológica dos ditames da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à pro-*

*mulgação da Constituição vigente pode ser revis-
to.*

7. Segurança denegada.

(*STJ, Primeira Seção. MS 14987/DF. Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010, RSTJ vol. 226 p. 1090*)

Portanto, é de se reconhecer a imperiosa necessidade de reforma da sentença proferida, a fim de que a segurança seja denegada, diante da lisura do processo administrativo direcionado a revisar/ampliar a demarcação das terras indígenas Menkü, tradicionalmente ocupadas pela Comunidade Indígena Myky, diante da comprovação dos vícios insanáveis do processo de demarcação originário.

O voto vogal, lavrado pelo Desembargador Federal Souza Prudente, explicita o pensamento do Povo Myky:

E é por isso que lancei olhos, também, enquanto Vossa Excelênia produzia seu brilhante voto, nesse Plano de Gestão Territorial Myky que nos é distribuído com o memorial do douto MPF, em que pude aqui verificar alguns textos significativos

deste caderno, onde se lê: "meu pai era um guerreiro, minha irmã também. E porque eles lutaram, não podemos parar de lutar nunca pela nossa terra e pela vida da gente.".

Logo a seguir, e com o texto da língua nativa dos Myky, temos esta passagem: "Madeireiros cortam as árvores, cortam o pé de remédio e as árvores grandes estão acabando na floresta. Muita queimada e desmatamento. Tudo isso pode causar o desaparecimento dos remédios do mato e queremos continuar a usar o remédio do mato para não usar o remédio dos brancos que pode fazer mal à saúde.".

Logo adiante, destaca-se: "caçamos para comer, nos alimentamos da carne dos animais e oferecemos tudo no nosso ritual. Com a caça é que nós sobrevivemos. Mas para caçar os animais temos todos que cuidar das florestas para que eles continuem vivendo e a gente também."

Ainda, no texto seguinte, destaca-se: "Queremos de volta a nossa terra para preservar, proteger e recuperar o mato, as águas, dar espaço para caçar de novo. Deixar crescer primeiro tudo, recuperar, crescerá. No início, não dará para beber a água suja. Primeiro, é preciso recuperar, ocupar com a caça, proteger as cabeceiras que hoje estão de fora e queremos de volta. Sempre andamos por todos os lugares e tudo em volta é plano de mane-

jo, o de antes era mato. Quem tem plano de manejo derruba tudo. O que é isso? Não sei quem autoriza isso! Lá no Córrego Águas Claras tem um monte agora, já está tudo desmatado. Pelo jeito que vai, olha, se a gente é para fazer plano de manejo, deve ser então para recuperar o que o plano de manejo deles está fazendo. SEMA, IBAMA, FUNAI, são eles que autorizam esses planos de manejo. Cerejeira, itaúba, tudo saindo de lá do Águas Claras. A gente está ligando toda vida. Eu fico muito triste com cada madeira que sai daqui. Madeira de muito mais de 50 anos, se extinguindo, está acabando. Retiraram 500 mil metros cúbicos de madeira, fazendo plano de manejo aqui perto de nós. O taquará, que nós utilizamos, já foi retirado. Esses órgãos que trabalham com a gente é que autorizam. Só que, além de tudo, os madeireiros vão além do que foi acordado, eles passam tirando muito mais. E esses que deveriam fiscalizar, deixam livres para tirar madeira. Desmatamento é crime! Usam a madeira para tudo e não controlam. Vai acabar. E sabemos que são os próprios órgãos ambientais que autorizam. Temos que nos unir, vocês que estudam: OPAN, FUNAI, IBAMA, temos que fazer frente a isso, se unir, lutar."

Ora, Senhora Presidente, ilustres pares, como se vê, os índios Myky, que são primitivos na história do indigenato nacional, vêm aqui nos dar aula de civilidade, de educação ambiental, de

como preservar a floresta, de como mantermos o equilíbrio ecológico do planeta e vêm nos dizer, com a força do seu grito, que nós temos que cumprir o princípio constitucional que se afina aos princípios firmados nos tratados e convenções internacionais, sobretudo na Eco-92, do mínimo existencial ecológico.

Nós temos que cumprir o que está na Constituição do Brasil, na norma matriz do art. 225, caput, o princípio intergeracional, porque os índios estão se extinguindo. Eles já pensam, e com muita clarividência, que, da forma como as coisas estão acontecendo, eles deixarão de existir. Não haverá floresta, não haverá meio de subsistência e não terão pôsteros para transmitir as suas culturas e as suas vivências.

Isso está dito, para finalizar a transcrição, no último texto que vou citar deste Plano de Gestão Territorial Myky, quando está dito o seguinte: “Nossas crianças é que vão sobreviver nessa terra que vamos recuperar. Onde não tem fazenda é tudo verde. Isso tudo aí, Tucunzal, Castanhal, são as nossas crianças que vão ocupar. No mapa, em laranja, marcamos os locais de desmatamento e queimadas. Primeiro, vamos lá cuidar, pegar e usar. Cuidar e preparar para as crianças terem essa terra bonita no futuro. Local de remédio que tinha aqui dentro (áreas próximas ao Castanhal e Tucunzal) fazendeiro desmatou. Ele não conhece remédio de febre, dor de cabeça, de criança para não adoe-

cer. Sobrou pouca coisa de pé. Nós queremos cuidar das árvores, dos bichos, macaco. Se não tiver mato, bicho também não tem. Lá tem macaco, terra boa para buscá-lo e fazer festa."

E é isto que nós, os brancos, metidos a civilizados, não sabemos fazer, preservar a floresta. Nós desmatamos, agredimos, poluímos e roubamos as terras que a Constituição assegurou aos nossos índios em dimensão imemorial em termos anímicos.

Com essas considerações, acompanho a conclusão do voto de Vossa Excelência, dando provimento à apelação da FUNAI e à remessa oficial em todos os casos aqui submetidos a julgamento.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

5.1.3. Acórdãos Correlatos

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO IMPETRADO: PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA DE DECLARAÇÃO DA TERRA INDÍGENA TAUNAY-IPÉGUE COMO DE POSSE PERMANENTE DO GRUPO INDÍGENA TERENA. RESUMO DO RELA-

TÓRIO CIRCUNSTANCIADO. PUBLICAÇÃO COM RELAÇÃO FUNDIÁRIA INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA PROPRIEDADE DA IMPETRANTE. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. SEGURANÇA CONCEDIDA, EM PARTE.

1. Trata-se de mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Justiça consistente na edição da Portaria 497, de 29/4/2016, por meio da qual a Terra Indígena Taunay-Ipégue foi declarada como de posse permanente do grupo indígena Tereña.
2. Aponta a impetrante, essencialmente, as seguintes nulidades: (a) o procedimento demarcatório questionado implica ampliação de terra indígena demarcada, o que contraria orientação do Supremo Tribunal Federal firmada no julgamento da Pet 3.388/RR; (b) não foi científica pela FUNAI para exercer o contraditório e ampla defesa no procedimento de demarcação; e (c) o relatório circunstanciado que embasou a portaria impetrada contém levantamento fundiário incompleto.
3. O STF, ao julgar embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido na Pet 3.388/RR, em que apreciando o histórico caso envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, consignou que é possível a

revisão de terra indígena demarcada com fundamento na existência de vícios no procedimento originário, sendo essa a exceção invocada pela autoridade impetrada. Nessa parte, a impetrante invoca de forma genérica a vedação de ampliação de terra indígena demarcada, não trazendo argumentos capazes de demonstrar a existência de direito líquido e certo à anulação da portaria impetrada por esse motivo.

4. *Quanto ao mais, o STF, em diversas ocasiões, reconheceu a constitucionalidade do rito previsto no Decreto 1.775/1996, que prevê a publicação do resumo do relatório circunstanciado no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (art. 2º, § 7º), razão pela qual, via de regra, não são acolhidas alegações de ofensa ao contraditório e ampla defesa em decorrência da forma como os interessados tomam ciência da existência de procedimento demarcatório.*

5. *No caso concreto, todavia, a impetrante demonstrou que o resumo do relatório circunstanciado foi publicado com levantamento fundiário incompleto, sem qualquer menção ao seu nome ou à sua propriedade rural.*

6. Nessas circunstâncias, não há como afirmar a inexistência de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, pois não se pode esperar que eventual interessado tome ciência de procedimento que irá atingir o seu imóvel rural por meio de ato comunicado apenas pelas vias da publicação em diário oficial e de afixação de documentos em sede de prefeitura municipal, quando nele não consta o seu nome ou a sua propriedade.

7. A fim de assegurar o exercício do direito previsto no § 8º do art. 2º do Decreto 1.775/1996, o procedimento demarcatório ficará congelado na situação em que se encontra na esfera administrativa, apenas em relação à impetrante, até o exame de sua manifestação, sem prejuízo de eventuais medidas tomadas por órgão judiciário competente quanto a questões não discutidas no presente mandado de segurança. Após o exame dessa manifestação, caberá à autoridade impetrada tomar as providências cabíveis, nos termos do referido decreto.

8. Segurança concedida, em parte.

(MS 22.816/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 19/09/2017) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR – POSSIBILIDADE.

1. *Processo administrativo regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96). Ausência de cerceamento de defesa.*
2. *A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.*
3. *Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.*
4. *A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.*

5. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ.

6. A interpretação sistemática e teleológica dos ditames da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto.

7. Segurança denegada.

(STJ, Primeira Seção. MS 14987/DF. Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010, RSTJ vol. 226 p. 1090) (grifos nossos)

AMBIENTAL. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. POSSE PERMANENTE DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. MARCO TEMPORAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo a quo que revogou decisão interlocutória, e manteve o processo administrativo referente à demarcação dos limites da terra indígena Irantxe/Manoki.

1. Não se reconhece a existência de conexão quando evidenciada a distinção dos pedidos e das causas de pedir relativamente aos agravos, situação que afasta a possibilidade de decisões conflitantes.

2. Inviabilidade de o Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, salvo nos casos em que se comprovar a inobservância do devido processo legal, houver abuso de autoridade ou, ainda, restar configurada patente ilegalidade.

3. Não evidenciada a ilegalidade patente no processo administrativo discutido na lide, afigura-se descabida a pretensão de suspendê-lo, mediante a formulação de insurgências eminentemente meritórias, que deverão ser analisadas no próprio processo administrativo demarcatório, ao encargo da FUNAI.

4. Nas demarcações de terras indígenas concretizadas antes da Constituição é plausível a possibilidade de revisão no intuito de se adequar às normas constitucionais vigentes.

5. Titulações expedidas por ente estatal e eventual registro imobiliário não obstante o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupadas pelos índios, dada a natureza original dessa ocupação.

6. Agravo de instrumento desprovido.

7. Agravo regimental desprovido.

(AG 0065255-80.2013.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:08/05/2018) (grifos nos sos)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ÁREA INDÍGENA. PRECEDENTE DO STF (PET. 3.388/RR). INAPLICABILIDADE. PORTARIA N. 1.573/2011. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADE INDÍGENA (MYKY). RESERVA INDÍGENA MENKÜ. REVISÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIOS INSANÁVEIS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO ORIGINÁRIO. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388/RR (demarcação Raposa Serra do Sol) não é vinculante e não se aplica a outros casos em que se discute a possibilidade de revisão de demarcação de terras indígenas concretizadas antes da Constituição, havendo de prevalecer as particularidades de cada caso concreto.

2. É legal a Portaria nº 1.573/2011, que constitui Grupo Técnico para realizar estudos direcionados à revisão de processo demarcatório, diante das evidências de graves vícios no processo de demarcação original, que restou homologado pelo Decreto nº 94.013, de 11/02/1987.

3. Não há demonstração de que tenha sido fragilizado o devido processo legal administrativo, diante de ter sido franqueada a participação dos interessados e oportunizada a ampla defesa.

3. Configura-se a nulidade do processo demarcatório original por (i) ter sido promovido por fazendeiro com interesses contrapostos à comunidade indígena, (ii) não estar lastreado em levantamento fundiário, em flagrante desatenção ao que dispõe o Decreto nº 76.999/1976, (iii) haver inconsistências não sancionadas e devidamente apontadas pelo engenheiro agrônomo que atuou no processo demarcatório original, que resultou em

usurpação de parte da área originalmente ocupada pela comunidade indígena Myky.

4. É viável a revisão de processo demarcatório realizado anteriormente à Constituição de 1988 para adequar à norma constitucional vigente, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (MS 14987/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010)

5. Ato de revisão praticado dentro da prerrogativa da Administração de rever/anular seus atos quando eivados de vícios, notadamente por se tratar de direito imprescritível, consoante expressamente ressalva do § 4º do artigo 231 da Constituição Federal.

6. Segurança denegada, com permissão para imediata continuidade dos estudos de identificação e revisão dos limites da Terra Indígena Menküü.

7. Dar provimento à apelação da FUNAI e à remessa oficial.

(AC 0012564-11.2012.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:21/06/2018) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

6. Marco Temporal e Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol

“ENTRE OS INDÍGENAS EXISTE UMA TRADIÇÃO COMUNITÁRIA SOBRE UMA FORMA COMUNAL DA PROPRIEDADE COLETIVA DA TERRA, NO SENTIDO DE QUE O PERTENCIMENTO DESTA NÃO SE CENTRA EM UM INDIVÍDUO, MAS NO GRUPO E SUA COMUNIDADE.

OS INDÍGENAS, PELO FATO DE SUA PRÓPRIA EXISTÊNCIA, TÊM DIREITO A VIVER LIVREMENTE EM SEUS PRÓPRIOS TERRITÓRIOS; A RELAÇÃO PRÓXIMA QUE OS INDÍGENAS MANTÊM COM A TERRA DEVE DE SER RECONHECIDA E COMPREENDIDA COMO A BASE FUNDAMENTAL DE SUAS CULTURAS, SUA VIDA ESPIRITUAL, SUA INTEGRIDADE E SUA SOBREVIVÊNCIA ECONÔMICA. PARA AS COMUNIDADES INDÍGENAS A RELAÇÃO COM A TERRA NÃO É MERAMENTE UMA QUESTÃO DE POSSE E PRODUÇÃO, MAS SIM UM ELEMENTO MATERIAL E ESPIRITUAL DO QUAL DEVE GOZAR PLENAMENTE, INCLUSIVE PARA PRESERVAR SEU LEGADO CULTURAL E TRANSMITI-LO ÀS FUTURAS GERAÇÕES.”

(CORTE IDH. TRECHO DA SENTENÇA DO CASO DA COMUNIDADE MAYAGNA AWAS TINGNI VS. NICARÁGU)

6.1. Jurisprudência Nacional

6.1.1. Resumo do Caso

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 16 de agosto de 2017, julgou improcedentes duas Ações Civis Originárias (**ACOs 362 e 366**) movidas pelo Estado do Mato Grosso contra a União e a Fundação Nacional do Índio (Funai), em razão da demarcação de terras indígenas. Pela similaridade de pretensões, as ações foram decididas em conjunto.

O autor alegava que as terras lhe pertenciam, e não aos indígenas. Portanto, pretendia ser indenizado diante da demarcação. A **ACO 362** teve como objeto a compensação pelas áreas “devolutas” anexas ao Parque Indígena do Xingu, criado em 1961; enquanto que a **ACO 366** reclamou as demarcações de terras indígenas relativas aos povos Nambikwara, Paresí e Enawenê-Nauê, ocorridas na década de 80³.

O Plenário do STF, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que assentou que o Estado não deveria ser indenizado, pois as terras em questão são de ocupação tradicional dos povos indígenas. Todos os ministros votantes reafir-

³ Cf. <https://cimi.org.br/2017/08/por-oito-zero-stf-reafirma-direitos-originarios-dos-povos-indigenas/>. Acesso em 14.Jan.2019.

maram os direitos originários dos indígenas sobre os seus territórios tradicionais.

Esses julgados se voltam contra a chamada tese do marco temporal. Por ela, apenas seria considerada indígena a terra que estivesse ocupada em 1988 – ano da promulgação da Constituição.

Apesar dessa tese não ter sido o objeto central das referidas ações, os ministros fizeram importantes ponderações concernentes ao assunto. Houve também severas críticas quanto à utilização vinculatória das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR) aos demais processos judiciais e administrativos em curso.

Em diversos outros julgados, o STF e outros tribunais pátrios não acolheram a *tese do marco temporal*.

6.1.2. Extratos do Acórdão

INDENIZAÇÃO – ESTADO – TERRAS INDÍGENAS.

Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado. (ACO 362, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02-10-2017 PUBLIC 03-10-2017)

O voto vogal do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi relator dos embargos declaratórios no Caso Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), teceu importantes comentários sobre o *marco temporal*:

Também penso, Senhor Presidente, como assentou o eminente Procurador-Geral da República Doutor Rodrigo Janot, cuja presença sempre honra este plenário, não se tratar, aqui, de uma discussão que envolva o marco temporal. Gostaria de pontuar brevemente essa questão, porque, na Petição 3.888, relator Ministro Carlos Ayres Britto, foi fixada, como marco temporal, a data de promulgação da Constituição de 1988.

Penso que essa discussão não se coloca, aqui, por duas razões: a primeira é que, no julgamento dos embargos de declaração, naquela demanda em que eu mesmo fui relator, assentou-se que os parâmetros ali estabelecidos somente se aplicavam àquele caso. Em segundo lugar, nesse caso específico que estamos debatendo, porque o parque indígena do Xingu foi demarcado muito antes da vigência da Constituição de 1988. Portanto, essa questão não se colocaria. (grifos nossos)

Mas, a despeito disso e em obiter dictum, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos

indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. (grifos nossos)

Nessa mesma matéria, tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições. (grifos nossos)

Portanto, deixo consignada a minha posição, inclusive porque, na ação em que esta matéria é discutida, o ocupante anterior da minha cadeira já se pronunciou e, por consequência, eu não teria a possibilidade de votar. Por ser esse um tema institucionalmente relevante, e penso que a análise dessa matéria deve ser sistêmica, deixo consignada a minha posição.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão referente à ACO 362/MT](#)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão referente à ACO 366/MT](#)

6.1.3. Decisões e Acórdãos Correlatos

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

1. *Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos.*
2. *Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de*

15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º).

3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.

4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da

mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

(STF. PET 3388/RR. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Plenário. DJe 4.2.2014) (grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Como consignado no MS 30.531/DF, Rel. Min. Cármel Lúcia, “a natureza subjetiva e a celeridade preconizada no rito do mandado de segurança não se coadunam com os procedimentos de intervenção de terceiros (...) sendo certo, ainda, que a Lei n. 12.016/2009 não prevê a assistência ou a figura do amicus curiae em mandado de segurança”.

II – O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetracão, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fá-

tico-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do mandamus. Precedentes.

III – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

*(STF. MS 27.939/DF. Ministro Relator Ricardo Lewandowski.
Plenário. DJe 1.9.2014) (grifos nossos)*

As ‘condicionantes’ adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial,

caso tais condicionantes não existissem. À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas ‘condicionantes’ do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao leading case é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda.”

(*STF. MS 31.901/DF. Decisão monocrática. Ministra Relatora Rosa Weber. Dje 11/3/2014*) (grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

IV – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico”. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se esten-

dem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.

(STF. MS 31.100/DF. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. DJe 2.9.2014) (grifos nossos)

Ao julgar os embargos declaratórios na Petição nº 3.388/RR, o Plenário, nas discussões ocorridas, não sufragou o entendimento sobre o fato articulado nesta reclamação, ou seja, a tomada das salvaguardas fixadas visando definições de conflitos de interesse a envolver terras indígenas. O relator dos embargos chegou a consignar que o pronunciamento alusivo à referida petição mostrou-se específico, limitado às terras indígenas de Raposa Serra do Sol.

(STF. RCL 14.473/RO. Decisão monocrática. Ministro Relator Marco Aurélio. DJe 16.12.2013) (grifos nossos)

Como visto, a reclamação ora em exame aponta o descumprimento do acórdão proferido na Petição 3.388/RR, feito em que o Plenário desta Corte, ao julgar parcialmente procedente pedido formulado em ação popular, declarou, especificamente, a consti-

tucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e de seu respectivo procedimento administrativo-demarcatório, desde que observadas dezenove condições ou salvaguardas institucionais, inseridas na parte dispositiva da decisão com o intuito de conferir, segundo consta expressamente da ementa do julgado, um “maior teor de operacionalidade ao acórdão”.

(...)

Observo, portanto, que o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos.

Isso porque não houve no acórdão que se alega descumprido o expresso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares.

Não foi por outra razão que o Ministro Ayres Britto, Relator da Pet 3.388/RR, asseverou, ao censurar o cabimento de reclamação análoga a que ora se examina (Rcl 8.070/MS), que “ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante”.

Destaco, ainda, que o Ministro Cezar Peluso ressaltou em seu voto na Pet 3.388/RR que aquele julgamento representava “auténtico caso-padrão, ou leading case”, cujos enunciados propostos deixariam claro o pensamento da Corte a respeito do tema enfrentado.

Todavia, conforme ressaltado pela Ministra Cármem Lúcia ao negar seguimento à Rcl 4.708/GO, as consequências vinculantes do leading case, próprias do sistema do Common Law, não se aplicam, a priori, ao nosso sistema jurídico, uma vez que “o papel de fonte do direito que o precedente tem, naquele, não é desempenhado pelo precedente no direito brasileiro, salvo nos casos constitucional ou legalmente previstos, como se dá com as ações constitucionais para o controle abstrato”. Concluiu, então, a Ministra Cármem Lúcia ressaltando que “o precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada.”

Por fim, recordo que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo ou substitutivo de recurso, ajuizada diretamente no órgão máximo do Poder Judiciário.

(STF. RCL 13769/DF. Decisão monocrática. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. DJe 28.5.2012) (grifos nossos)

“Finalmente, a alegação de que a Portaria 1.128/03 do Ministério da Justiça visaria ampliar área já demarcada, afrontando a decisão proferida na Petição 3.388 (página 14 do documento eletrônico 47), não pode ser interpretada da maneira como pretendida pelo agravante.

Como se procurou demonstrar nos embargos de declaração opostos naqueles autos, a condicionante não cabe nas hipóteses, recorrentes, em que se verifiquem vícios ou erros na demarcação original, porquanto, além de prejudiciais aos indígenas, essas situações não refletem a ocupação tradicional como no caso da expropriação forçada, inclusive. Há o risco, então, de se instituir uma evidente “proibição de avanço” em matéria de proteção do direito das populações

indígenas às suas terras, contrária à ideia presente de "proibição do retrocesso social".

É de se ver, além disso, que a condicionante firmada no caso específico da Raposa Serra do Sol julgamento de inegável valor histórico, que certamente servirá de norte para a apreciação de ações relativas à demarcação de terras indígenas veio atrelada a todo um conjunto de elementos examinados naquela ocasião e não poderá ser aplicada indistintamente a casos e contextos diversos. Somente uma análise cautelosa e aprofundada da situação da Reserva Indígena IBIRAMA-LA KLANÓ permitiria assentá-la também aqui, o que certamente não é possível em sede de suspensão de liminar.

(Ag Reg na SL 610/SC. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. DJe 4.2.2015) (grifos nossos)

Observo, portanto, que o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e de-

cisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos.

Isso porque não houve, no acórdão que ora se alega descumprido, o estabelecimento, por deliberação expressa do Plenário do Supremo Tribunal Federal, de efeito vinculante à decisão tomada naquela assentada em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, atributo que, ao contrário dos processos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, não se encontra automaticamente presente nas ações populares.

Não foi por outra razão que o Ministro Ayres Britto, Relator da Pet 3.388/RR, asseverou, ao censurar o cabimento de reclamação análoga à que ora se examina (Rcl 8.070/MS), que “ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante”.

Os reclamantes confundem, à toda evidência, a eficácia erga omnes comum às decisões proferidas nas ações populares – opôniveis, por isso mesmo, não só às partes constantes da ação subjetiva, mas ao Poder Público e à toda coletividade – com o efeito vinculante característico dos julgados ocorridos no con-

trole abstrato de normas e das súmulas editadas nos termos do art. 103-A da Constituição Federal e da Lei 11.417/2006.

Dessa forma, haveria o desrespeito à decisão do Plenário desta Corte no julgamento da Pet 3.388/RR caso a União, a Funai ou qualquer outra pessoa física ou jurídica, por exemplo, descumbrassem alguma determinação estabelecida naquele julgado com a eventual prática de atos especificamente relacionados à demarcação já realizada da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima(...).

(STF. RCL 15.668/DF. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. DJe 13.5.2015) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR – POSSIBILIDADE.

1. *Processo administrativo regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96). Ausência de cerceamento de defesa.*
2. *A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.*
3. *Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.*
4. *A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.*
5. *Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ.*
6. *A interpretação sistemática e teleológica dos ditames da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de de-*

marcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto.

7. Segurança denegada.

(STJ, Primeira Seção. MS 14987/DF. Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010, RSTJ vol. 226 p. 1090) (grifos nossos)

Portanto, é imprescindível a continuidade dos trabalhos para a demarcação dos marcos físicos das terras indígenas, sem a resistência dos fazendeiros, bem como à execução de obras para a prestação de serviços essenciais aos indígenas alie residentes.

Além disso, a Constituição Federal estipula prazo para a conclusão da demarcação de terras indígenas, sendo, aliás, de relevância social, histórica e cultural, a preservação das populações indígenas.

Por outro lado, por ocasião do julgamento do Pet 3388 / RR - RORAIMA, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do marco temporal de ocupação para fins de demarcação de

terras tradicionalmente indígenas, conforme consta dos itens 11.1 e 11.2 da ementa:

(...)

Em face da decisão acima transcrita, não há como deixar de reconhecer que foi fixado limite de tempo de ocupação, no entanto, com ressalvas, devendo-se verificar que a reocupação não ocorreu por atos de expropriação territorial praticados por não índios.

A propósito, é importante anotar que a Corte Suprema recentemente julgou os embargos de declaração opostos em face do citado acórdão sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em sessão realizada em 23/10/2013, quando, especificamente provocado a dizer se as condicionantes ali estipuladas se aplicariam a outras comunidades e terras indígenas, o Plenário esclareceu pontualmente essa questão, afirmando que as dezenove condicionantes firmadas na apreciação do caso Raposa Serra do Sol – dentre as quais o limite do marco temporal – não são de aplicação vinculante ou obrigatória às demais causas que envolvam a questão indígena, mormente a posse e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas.

das, seja em direção aos tribunais, seja ao Poder Executivo, conforme se lê na seguinte ementa (grifei):

(...)

Portanto, ainda que tenha sido assumida como marco temporal a data da promulgação da Constituição Federal, a Corte Suprema acrescentou de forma clara a esse critério que as áreas não ocupadas fisicamente por comunidades indígenas no dia 05/10/1988 em decorrência de persistente esbulho por parte de não índios (seja por atos estatais, seja de particulares) não perdem a condição de terras de ocupação tradicional. Assim, a titulação privada de domínio que remonta à data anterior a esse marco, ou mesmo a presença física de não índios e a comercialização dessas terras, ainda que vindas de décadas atrás, não desconstituem o direito indígena.

Portanto, não pode ser acolhida a pretensão do agravante, devendo reformulado o ato praticado em primeiro grau de jurisdição, e a justificar a concessão da liminar ao presente recurso.”

(TRF3. AI 0012274-49.2015.4.03.0000/MS. Desembargador Relator Paulo Fontes. DJe 27.7.2015. TI Jatayvary) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. *A demarcação de terra indígena é ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário). Trata-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade (presunção juris tantum), cabendo à parte contrária impugná-lo, mediante a apresentação de provas inequívocas, aptas a infirmá-lo. Precedentes.*
2. *Não se mostra cabível a oposição ao ato administrativo, baseada em direito possessório e com fulcro em títulos legitimadores de posse, como meio a obstar, por si, a realização do processo de demarcação de terra indígena e os diversos atos que o compõem, os quais gozam de presunção de legitimidade e se encontram amparados em comando constitucional preeminente, sendo vedado, inclusive, o manejo de ação de interdito possessório contra a demarcação.*

3. A demarcação de terras indígenas não configura esbulho possessório ou qualquer forma de perda ou restrição da propriedade, posto que se trata de ato meramente declaratório de uma situação jurídica pré-existente. Precedentes.

4. Iniciado o procedimento de demarcação, a legislação assegura o direito ao contraditório e à participação dos interessados durante o trâmite do processo administrativo demarcatório. Possíveis questionamentos acerca dos reflexos de eventual procedimento demarcatório sobre a esfera jurídica dos entes e indivíduos afetados podem ser suscitados oportunamente no curso do procedimento administrativo, consoante preceitua o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/1996.

5. No caso, pretende a parte autora que seja declarada, previamente à efetiva realização de qualquer procedimento demarcatório, a imunidade, frente a eventual demarcação, de "todas as propriedades tituladas anteriormente a 05.10.88 ou cuja posse não esteja sendo exercida por indígenas na data de 05.10.88, marco temporal para definição das terras de imemorial ocupação, conforme previsto no art. 231 da CF/88".

6. O pedido autoral implica em restringir, aprioristicamente, a amplitude do processo administrativo demar-

catório, obstando seu prosseguimento desde a fase de estudo, identificação e delimitação das áreas que constituam possíveis terras de tradicional ocupação indígena. Esta pretensão não possui qualquer respaldo no ordenamento jurídico, consubstanciando incabível restrição à efetividade do comando constitucional de demarcação das terras indígenas pela União (art. 231, da Constituição da República, e art. 67, do ADCT).

7. Não se encontra configurado o binômio “necessidade” e “utilidade” da tutela jurisdicional, vez que, em face da realização de meros estudos antropológicos no bojo de processo administrativo de demarcação de terras indígenas, inexiste necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e tampouco se mostra adequada a pretensão formulada pelos Apelantes, posto que incorrente moléstia à posse dos demandantes em decorrência dos atos administrativos impugnados.

8. Não há nos autos a efetiva demonstração de eventual violação à esfera de direitos titularizados pelos Recorrentes em decorrência direta dos atos administrativos que compõem o procedimento demarcatório, inexistindo direito seu ameaçado ou violado, de forma que não se verifica qualquer utilidade para os Autores na tutela jurisdicional buscada. Precedentes.

9. No que concerne à legitimidade *ad causam*, observa-se que os Recorrentes postulam por interesse alheio em nome próprio, consubstanciado na defesa da propriedade dos detentores de títulos legitimadores de posse sobre as áreas submetidas a estudos antropológicos demarcatórios, visando a obstar procedimentos administrativos de demarcação. A dedução de tal pretensão em juízo, pelos Apelantes, caracteriza violação ao disposto no art. 18, do Código de Processo Civil.

10. Honorários advocatícios sucumbenciais fixados no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), devidos para cada Réu, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

11. Declarado extinto o feito, de ofício, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, ante a ilegitimidade ativa *ad causam* e a ausência de interesse processual, restando prejudicado o recurso de apelação interposto pela parte autora.

(TRF3. AC 0004642-18.2009.4.03.6002/MS. Desembargador Relator Hélio Nogueira. Primeira Turma. DJe 27.10.2017)
(grifos nossos)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ÁREA INDÍGENA. PRECEDENTE DO STF (PET. 3.388/RR). INAPLICABILIDADE. PORTARIA N. 1.573/2011. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADE INDÍGENA (MYKY). RESERVA INDÍGENA MENKÜ. REVISÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIOS INSANÁVEIS NO PROCESSO DEMARCATÓRIO ORIGINÁRIO. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA DENEGADA.

- 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388/RR (demarcação Raposa Serra do Sol) não é vinculante e não se aplica a outros casos em que se discute a possibilidade de revisão de demarcação de terras indígenas concretizadas antes da Constituição, havendo de prevalecer as particularidades de cada caso concreto.*
- 2. É legal a Portaria nº 1.573/2011, que constitui Grupo Técnico para realizar estudos direcionados à revisão de processo demarcatório, diante das evidências de graves vícios no processo de demarcação original, que restou homologado pelo Decreto nº 94.013, de 11/02/1987.*

3. *Não há demonstração de que tenha sido fragilizado o devido processo legal administrativo, diante de ter sido franqueada a participação dos interessados e oportunizada a ampla defesa.*
3. *Configura-se a nulidade do processo demarcatório original por (i) ter sido promovido por fazendeiro com interesses contrapostos à comunidade indígena, (ii) não estar lastreado em levantamento fundiário, em flagrante desatenção ao que dispõe o Decreto nº 76.999/1976, (iii) haver inconsistências não sancionadas e devidamente apontadas pelo engenheiro agrônomo que atuou no processo demarcatório original, que resultou em usurpação de parte da área originalmente ocupada pela comunidade indígena Myky.*
4. *É viável a revisão de processo demarcatório realizado anteriormente à Constituição de 1988 para adequar à norma constitucional vigente, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (MS 14987/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, em 28/04/2010. DJe 10/05/2010)*
5. *Ato de revisão praticado dentro da prerrogativa da Administração de rever/anular seus atos quando eivados de vícios, notadamente por se tratar de direito imprescri-*

tível, consoante expressamente ressalva do § 4º do artigo 231 da Constituição Federal.

6. Segurança denegada, com permissão para imediata continuidade dos estudos de identificação e revisão dos limites da Terra Indígena Menkii.

7. Dar provimento às apelações do MPF e da FUNAI e à remessa oficial.

(AC 0012899-30.2012.4.01.3400, DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:08/05/2018) (grifos nossos)

6.2. Jurisprudência Internacional

6.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

6.2.2. Resumo do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicarágua (2001)*

A comunidade indígena Awas Tingni pertence à etnia Mayagna ou Sumo e habita a Costa Atlântica da Nicarágua. Sua população ultrapassa 600 habitantes. A Nicarágua afirmava que parte das terras era de sua propriedade. Assim, em 1996, outorgou a área para uma madeireira por 30 anos, privando a comunidade indígena do acesso à terra.

O caso foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2001. A sentença condenou o Estado à devolução do território que não estava por longo tempo na posse dos indígenas por motivo alheio à sua vontade:

IX – Violation do Artigo 21 – Direito à Propriedade Privada em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma

(…)

149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. *Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato de sua própria existência, têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica.* Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual deve gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações. (grifos nossos)

(...)

151. O direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado especialmente em consideração, para os efeitos de que se trata. Como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da

terra obtenham o reconhecimento oficial desta propriedade e o consequente registro. (grifos nossos)

(...)

153. A Corte considera que, conforme o estabelecido no artigo 5 da Constituição Política da Nicarágua, os membros da Comunidade Awas Tingni têm um direito de propriedade comunal sobre as terras onde atualmente habitam, sem prejuízo dos direitos de outras comunidades indígenas. Entretanto, a Corte adverte que os limites do território sobre os quais existe esse direito de propriedade não foram efetivamente delimitados e demarcados pelo Estado. Essa situação tem criado um clima de incerteza permanente entre os membros da Comunidade Awas Tingni já que não sabem com certeza até onde se estende geograficamente seu direito de propriedade comunal e, consequentemente, desconhecem até onde podem usar e gozar livremente dos respectivos bens. Nesse entendimento, a Corte considera que os membros da Comunidade Awas Tingni têm direito a que o Estado,

1. delimite, demarque e titule o território de propriedade da Comunidade; e

2. abstenha-se de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade. (grifos nossos)

Com relação ao anterior, e tendo presente o critério adotado pela Corte em aplicação do artigo 29.b da Convenção (par. 148 supra), a Corte considera que, à luz do artigo 21 da Convenção, o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, uma vez que não delimitou e demarcou sua propriedade comunal, e que outorgou concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos localizados em uma área que pode chegar a corresponder, total ou parcialmente, aos terrenos sobre os quais deverá recair a delimitação, demarcação e titulação correspondentes. (grifos nossos)

154. Somado ao anterior, deve-se lembrar o já estabelecido por este Tribunal, com fundamento no artigo 1.1 da Convenção Americana, no sentido de que **o Estado está obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Conven-**

ção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Segundo as regras do direito da responsabilidade internacional do Estado aplicáveis no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela Convenção Americana.

155. Por todo o exposto anteriormente, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 21 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção."

(...)

XII – Pontos Resolutivos

173. Portanto,

A Corte,

por sete votos contra um,

2. declara que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre

Direitos Humanos, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, conforme o exposto no parágrafo 155 da presente Sentença. (grifos nossos)

Dissidente o Juiz Montiel Argüello.

por unanimidade,

(...)

4. decide que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e se abster de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, conforme o exposto nos parágrafos 153 e 164 da presente Sentença. (grifos nossos)

6.2.3. Resumo do Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005)

A comunidade indígena Yakye Axa (“Isla de Palmas”) pertencente ao povo Lengua Enxet do Sul e ocupam o Chaco paraguaio desde tempos imemoriais. Com a venda de 2/3 da região para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), entre os anos de 1885 e 1887, os povos indígenas da região ficaram confinados. Empresários britânicos compraram parte do território da comunidade indígena Yakye Axa.

Na área conhecida como Alwáta Etkok foi estabelecida a primeira fazenda de gado da região, dirigida pela *Chaco Indian Association*, formando estancias (fazendas), onde indígenas chegaram a trabalhar. Em 1986, os indígenas deixaram a área “devido às graves condições de vida que enfrentavam na Estancia Loma Verde onde os homens não recebiam salários ou estes eram muito baixos, as mulheres eram exploradas sexualmente por trabalhadores paraguaios e não contavam com serviços de saúde nem alimentação suficiente” (sentença, § 50.13)

O processo de demarcação se iniciou somente em 1993 sem definição. Isso significou a impossibilidade de acesso ao seu território, implicando em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica

e sanitária, que ameaçou de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade.

A Corte IDH assentou que, “ao aplicar estes padrões aos conflitos que se apresentam entre a propriedade privada e os reclamos de reivindicação de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem avaliar, caso a caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro” (§ 146):

VII – Considerações Prévias

51. Considerando que o presente caso trata dos direitos dos membros de uma comunidade indígena, a Corte considera oportuno recordar que, de acordo com os artigos 24 (Igualdade perante a Lei) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos destas pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição. Entretanto, há de se ressaltar que para garantir efetivamente estes direitos, ao interpretar e aplicar sua normativa interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural. O mesmo raciocínio deve aplicar a Corte, como, com efeito,

fará no presente caso, para apreciar o alcance e o conteúdo dos artigos da Convenção Americana, cuja violação a Comissão e os representantes imputam ao Estado. (grifos nossos)

VIII – Violation dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana - (Garantias Judiciais e Proteção Judicial)

82. A Corte considera que a concessão de personalidade jurídica serve para tornar operativos os direitos já existentes das comunidades indígenas, que os vêm exercendo historicamente e não a partir de seu nascimento como pessoas jurídicas. Seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, e os direitos deles resultantes, como a designação de seus próprios líderes e o direito a reclamar suas terras tradicionais, são reconhecidos não à pessoa jurídica que deve inscrever-se para cumprir um formalismo legal, mas à comunidade em si mesma, que a própria Constituição Paraguaia reconhece como preexistente ao Estado. (grifos nossos)

86. A Corte considera que uma demora prolongada, como a que se deu neste caso, constitui em princípio, por si mesma, uma violação das garantias judiciais. A falta de razoabilidade, entretanto, pode ser desvirtuada pelo Estado, se este expuser e provar que a demora tem relação direta com a com-

plexidade do caso ou com a conduta das partes no mesmo. (grifos nossos)

104. Por tudo o que foi exposto anteriormente, a Corte considera que o procedimento legal de reivindicação de terras instaurado pelos membros da Comunidade Yakyé Axa desconheceu o princípio do prazo razoável e se mostrou abertamente ineficiente, tudo isso em violação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com os artigos 1.1 e 2 da mesma. (grifos nossos)

IX – Violation do artigo 21 da Convenção Americana - (Direito à Propriedade Privada) em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma

135. A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seus principais meios de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural. (grifos nossos)

136. O exposto anteriormente tem relação com o expresso no artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão respeitar “a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.” (grifos nossos)

137. Consequentemente, a estreita vinculação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontram bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana. A esse respeito, em outras oportunidades, este Tribunal considerou que o termo “bens” utilizado neste artigo 21, contempla “aqueles coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor.”

(...)

140. Agora, no presente caso, não se discute a existência do direito dos membros das comunidades indígenas, especificamente da Comunidade Yakye Axa, a seus territórios, no entendimento do que a terra significa para seus membros, nem se discute o fato de que a caça, pesca e coleta sejam um elemento essencial de sua cultura. Há um consenso entre as partes a respeito da normativa interna que consagra os direitos territoriais dos membros das comunidades indígenas. O que está em discussão é a realização efetiva destes direitos.

141. Como já foi indicado, o Paraguai reconhece o direito à propriedade comunitária dos povos indígenas, mas, no presente caso, a Corte deve determinar se o fez efetivo na realidade e na prática. Está provado (par. 50.24 supra) que os membros da Comunidade iniciaram em 1993 os trâmites estabelecidos na legislação interna para a reivindicação dos territórios que reclamam como próprios, sem que até a presente data seus direitos territoriais tenham sido materializados. Com efeito, o Estado em sua contestação à demanda “reconhec[eu] que, por circunstâncias de fato e de direito, não pôde satisfazer este direito até a presente data”.

144. Quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria Convenção Americana e a juris-

prudência do Tribunal oferecem as diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. (grifos nossos)

146. *Ao aplicar estes padrões aos conflitos que se apresentam entre a propriedade privada e os reclamos de reivindicação de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem avaliar, caso a caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro. Assim, por exemplo, os Estados devem ter em conta que os direitos territoriais indígenas incluem um conceito mais amplo e diferente que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu habitat como uma condição necessária para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. A propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural.* (grifos nossos)

147. *Ao desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, po-*

der-se-ia estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e a própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros. (grifos nossos)

148. *Ao contrário, a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da Convenção Americana; e proporcional, caso seja feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da Convenção.*

(...)

154. *A garantia do direito à propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente*

pelos membros das comunidades e grupos indígenas. (grifos nossos)

155. Apesar de o Paraguai reconhecer o direito à propriedade comunitária em seu próprio ordenamento jurídico, não adotou as medidas adequadas de direito interno necessárias para garantir o uso e gozo efetivo por parte dos membros da Comunidade Yakye Axa de suas terras tradicionais e, com isso, ameaçou o livre desenvolvimento e a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais, nos termos indicados no parágrafo anterior. (grifos nossos)

156. Por todo o anteriormente exposto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 21 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Yakye Axa, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma.

***X – Violation do artigo 4.1 da Convenção Americana
(Direito à Vida) em relação ao artigo 1.1 da mesma***

162. Uma das obrigações que o Estado inevitavelmente deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida, é a de criar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou im-

peçam. Nesse sentido, o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção se torna prioritária.

(...)

164. *No capítulo sobre fatos provados (pars. 50.92 a 50.105 supra), concluiu-se que os membros da Comunidade Yakyé Axa vivem em condições de miséria extrema como consequência da falta de terra e de acesso a recursos naturais, produzida pelos fatos que são matéria deste processo, assim como da precariedade do assentamento temporário no qual se viram obrigados a permanecer à espera da resolução de sua solicitação de reivindicação de terras(...).*

176. *Em consequência do afirmado anteriormente, a Corte declara que o Estado violou o artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Yakyé Axa, por não adotar medidas positivas diante das condições que afetaram suas possibilidades de terem uma vida digna.*

(...)

(...)

203. De igual forma, a Corte observa que o significado especial que a terra tem para os povos indígenas, em geral, e para a Comunidade Yakyé Axa, em particular (par. 137 e 154 supra), implica que toda negação ao gozo ou exercício dos direitos territoriais acarreta o enfraquecimento de valores muito representativos para os membros destes povos, que correm o perigo de perder ou sofrer danos irreparáveis em sua vida e identidade cultural e no patrimônio cultural a ser transmitido às futuras gerações.

(...)

XIV – Pontos Resolutivos

242. Portanto,

A CORTE,

DECLARA QUE:

Por sete votos a um,

1. O Estado violou os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1. e 2

da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakyé Axa, nos termos dos parágrafos 55 a 119 da presente Sentença.

Dissente parcialmente o Juiz Ramón Fogel Pedroso.

Por sete votos a um,

*2. O Estado **violou o Direito à Propriedade**, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakyé Axa, nos termos dos parágrafos 123 a 156 da presente Sentença.*

Dissente o Juiz Ramón Fogel Pedroso. (grifos nossos)

Por unanimidade,

*3. O Estado **violou o Direito à Vida**, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakyé Axa nos termos dos parágrafos 160 a 176 da presente Sentença. (grifos nossos)*

(...)

E, POR UNANIMIDADE, DISPÔE QUE:

6. O Estado deverá identificar o território tradicional dos membros da Comunidade indígena Yakyé Axa e entregá-lo de maneira gratuita, em um prazo máximo de três anos contados a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 211 a 217 da presente Sentença. (grifos nossos)

7. Enquanto os membros da Comunidade indígena Yakyé Axa se encontrarem sem suas terras, o Estado deverá fornecer os bens e serviços básicos necessários para sua subsistência, nos termos do parágrafo 221 da presente Sentença." (grifos nossos)

6.2.4. Resumo do Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010)

Em 2010, a Corte IDH voltou ao tema de terra reivindicada por indígenas no Chaco paraguaio. Desta feita, a comunidade violada foi Xákmok Kásek. O Paraguai, além de não demarcar o território indígena em prazo razoável, afetou como “reserva natural” 4.175 hectares da área reclamada pelos indígenas. A Corte IDH determinou a entrega do território ao povo indígena, não importando o tempo em que os indígenas ficaram sem a posse da terra, já que,

“(...) a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual, enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente (...):

VI – Direito à Propriedade Comunitária, Garantias Judiciais e Proteção Judicial - (Artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana)

2. O direito à propriedade comunitária

85. Este Tribunal considerou que a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles, devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.⁴

(...)

107. Portanto, a Corte considera que em virtude da **história de ocupação e percurso do território por parte dos membros e ascendentes da Comunidade**, a toponímia da área concedida por seus membros, as conclusões dos estudos técni-

4 Cf. Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, § 137, nota 5; Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, § 118, nota 20, e Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname, § 88, nota 16.

cos realizados a respeito, assim como as considerações relativas à idoneidade destas terras dentro do território tradicional, a porção de 10.700 hectares nos arredores do Retiro Primeiro ou Mompey Sensap e do Retiro Kuñataí ou Makha Mompena, reclamadas pela Comunidade, são suas terras tradicionais e, conforme esses estudos técnicos, desprende-se que são as mais aptas para o assentamento da mesma. (grifos nossos)

(...)

2.1.3. Vigência do direito a reclamar as terras tradicionais

112. *Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente. Se esta relação tivesse deixado de existir, também se extinguiria esse direito. (grifos nossos)*

113. *Para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu que: i)*

ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, através de laços espirituais ou ceremoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais. (grifos nossos)

116. *Em virtude das considerações anteriores, a Corte considera que o direito dos membros da Comunidade Xákmok Kásek de recuperar suas terras perdidas permanece vigente.* (grifos nossos)

(...)

2.2.1. Devida diligência no trâmite administrativo

(...)

131. Em razão de todas as considerações precedentes, a Corte considera que o procedimento de reivindicação de terras iniciado pela Comunidade não foi realizado com a devida diligência. Consequentemente, o Tribunal conclui que a atuação das autoridades estatais não foi compatível com os padrões de diligência consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.

(...)

2.2.2. Princípio de prazo razoável no procedimento administrativo

(...)

133. O artigo 8.1 da Convenção estabelece, como um dos elementos do devido processo, que aqueles procedimentos que se desenvolvam para a determinação dos direitos das pessoas de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer caráter, devem ser feitos dentro de um prazo razoável. A Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: i) complexidade do assunto, ii) conduta das autoridades, iii) atividade processual do interessado e iv) afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

138. Consequentemente, o Tribunal conclui que a duração do procedimento administrativo não é compatível com o princípio

do prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana.

(...)

154. A Corte reitera que o procedimento administrativo de reivindicação de terras não foi efetivo e não mostrou uma possibilidade real para que os membros da Comunidade Xákmok Kásek recuperem suas terras tradicionais. Além disso, a falta de um recurso efetivo para a recuperação de terras indígenas representa um descumprimento do dever estatal, estabelecido no artigo 2 da Convenção, de adequar seu direito interno para garantir na prática o direito à propriedade comunitária.

(...)

3. Afetações à identidade cultural dos membros da Comunidade como consequência da não restituição de seu território tradicional

(...)

174. A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com suas terras tradicionais e recursos naturais, não somente

por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, portanto, de sua identidade cultural.

175. Quando se trata de povos indígenas ou tribais, **a posse tradicional de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação formam parte de sua identidade**. Tal identidade alcança um conteúdo particular em razão de sua percepção coletiva enquanto grupo, suas cosmovisões, seus imaginários coletivos e a relação com a terra onde desenvolvem sua vida⁵.

176. Para os membros da Comunidade Xákmok Kásek, traços culturais como as línguas próprias (Sanapaná e Enxet), os rituais de xamanismo e os de iniciação masculina e feminina, os saberes ancestrais xamânicos, a forma de lembrar seus mortos, e a relação com o território são essenciais para sua cosmovisão e sua forma particular de existir.

177. Todos estes traços e práticas culturais dos membros da Comunidade foram impactados pela falta de suas terras tradicionais(...).

5 ONU, Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Observação Geral nº 21, de 21 de dezembro de 2009. E/C.12/GC/21.

179. Outro traço da integridade cultural dos membros da Comunidade são suas línguas (...)

180. Além disso, a falta de suas terras tradicionais e as limitações impostas pelos proprietários privados repercutiu nos meios de subsistência dos membros da Comunidade. A caça, a pesca e a coleta se tornaram cada vez mais difíceis, levaram os indígenas decidissem sair da Fazenda Salazar e realocar-se em “25 de Febrero” ou em outros lugares, desagregando-se assim parte da Comunidade (...). (grifos nossos)

(...)

182. Em resumo, este Tribunal observa que os membros da Comunidade Xákmok Kásek têm sofrido diversos danos à sua identidade cultural que se produzem primordialmente pela falta de seu próprio território e dos recursos naturais que aí estão, o que representa uma violação do artigo 21.1 da Convenção em relação ao artigo 1.1 da mesma. Estes danos são uma mostra adicional da insuficiência da visão meramente “produtiva” das terras à hora de ponderar os direitos em conflito entre os indígenas e os proprietários particulares das terras reclamadas.

(...)

XIII – Pontos Resolutivos

337. Portanto,

A CORTE

(...)

DECLARA,

Por sete votos contra um, que

2. O Estado violou o direito à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados respectivamente nos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 54 a 182 desta Sentença. (grifos nossos)

Por sete votos contra um, que,

3. O Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 desta Sentença. (...)." (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar as íntegras das sentenças](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

7. Esbulho Renitente

“(...) DEIXO CONSIGNADA, DESDE LOGO, A MINHA POSIÇÃO (...) NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS, AINDA QUE ALGUMAS COMUNIDADES INDÍGENAS NELAS NÃO ESTEJAM CIRCUNSTANCIALMENTE POR TEREM SIDO RETIRADAS À FORÇA, NÃO DEIXARAM AS SUAS ÁREAS, PORTANTO, VOLUNTARIAMENTE E NÃO RETORNARAM A ELAS PORQUE ESTAVAM IMPEDIDAS DE FAZÊ-LO. POR ISSO ENTENDO QUE SOMENTE SERÁ DESCARACTERIZADA A OCUPAÇÃO TRADICIONAL INDÍGENA CASO DEMONSTRADO QUE OS ÍNDIOS DEIXARAM VOLUNTARIAMENTE O TERRITÓRIO QUE POSTULAM OU DESDE QUE SE VERIFIQUE QUE OS LAÇOS CULTURAIS QUE OS UNIAM A TAL ÁREA SE DESFIZERAM. É ASSIM QUE INTERPRETO A SÚMULA 650.

NESSA MESMA MATÉRIA, TAMPOUCO ME PARECE RAZOÁVEL EXIGIR-SE VIOLÊNCIA OU CONFLITO ENVOLVENDO OS ÍNDIOS PARA QUE A OCUPAÇÃO NÃO SEJA CONSIDERADA EXTINTA, NEM TAMPOUCO SE EXIGE O AJUIZAMENTO DE UMA AÇÃO POSSESSÓRIA, O QUE IMPLICARIA EM INTERPRETAR O COMPORTAMENTO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS À LUZ DOS NOSSOS COSTUMES E INSTITUIÇÕES.”

(MINISTRO Luís ROBERTO BARROSO/STF, ACOS 362 E 366)

7.1. Jurisprudência Nacional

7.1.1. Resumo do Caso

Os indígenas Ofayé-Xavante ocupam o território sul-mato-grossense desde antes do século XIX. Expulsos, perseguidos, dizimados e até considerados extintos, de um povo de 2 mil indivíduos que dominavam as terras do antigo Mato Grosso – da Serra de Maracaju ao Alto Paraná –, hoje se resumem a cerca de 60 pessoas. Agrupados às margens do Rio Paraná há quase três décadas, eles têm se mobilizado para assegurar a posse de seu território tradicional.

A Terra Indígena Ofayé-Xavante, localizada em Brasilândia/MS, foi declarada como de posse permanente indígena pela Portaria n.^o 264 do Ministério da Justiça, publicada no Diário Oficial da União de 29 de maio de 1992.

Inconformada com a publicação da portaria, uma proprietária de terras da região ajuizou ação contra a União e a Fundação Nacional do Índio (Funai), pleiteando a anulação do ato, pois parte de suas terras estaria inserta no perímetro declarado.

Foi realizada perícia, que confirmou a ocupação tradicional de uma parte do imóvel, mediante a detecção de antigas constru-

ções indígenas. A proprietária rural apelou ao Tribunal Regional Federal – 3^a Região (TRF-3), sem lograr êxito.⁶

7.1.2. Extratos do Acórdão

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA "OFAYÉ-XAVANTE". OCUPAÇÃO TRADICIONAL. EXPULSÃO SISTEMÁTICA DO GRUPO. POSTERIOR RETORNO. OCORRÊNCIA DE ESBULHO RENITENTE. MANUTENÇÃO DA TRADICIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A Constituição Federal de 1988, em nome da precedência dos povos indígenas e da preservação dos costumes e crenças nativas, estabeleceu que os territórios tradicionalmente ocupados se destinam à sua posse permanente (artigo 231, §1º e §2º).

⁶ A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual, em sede de decisão monocrática, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

II. A regularização fundiária, porém, não abriga ocupações imemoriais ou que foram espontaneamente neutralizadas.

III. A Constituição Federal de 1988 descarta os espaços definitivamente incorporados por outros membros da população brasileira, seja porque houve abandono voluntário (Súmula nº 650 do STF), seja porque a associação da área às necessidades materiais e espirituais do aborígene se diluiu ao longo da história, ainda que às custas do regime constitucional anterior.

IV. Para que se conciliem a segurança jurídica e os direitos dos nativos, a posse condicionante dos costumes e crenças do povo indígena deve ser contemporânea a outubro de 1988. Se ela teve um desfecho histórico definitivo, perdeu a tradicionalidade.

V. Obviamente, a simples perda de contato físico com o meio não prejudica a demarcação.

VI. A reivindicação das terras pelo grupo, através de incursões frequentes no lugar, de pedidos à autoridade pública, torna persistente o esbulho e impossibilita a paci-

ficação, serenidade que justifica o apoio da CF aos títulos de propriedade anteriores.

VII. *A prova pericial indica que a comunidade indígena "Ofayé-Xavante" ocupou, no período de 1950 a 1978, uma porção da Fazenda Boa Esperança, mantendo as tradições, costumes e crenças praticadas no "Campos da Vacaria". Após o fracasso da política de confinamento na Reserva Indígena "Kadiwéu", retornou sem hesitações à área original e aguarda o restabelecimento da posse civil.*

VIII. *A apropriação da Terra Indígena "Ofayé-Xavante" não passou por um processo de consolidação. Os índios ficaram no imóvel por mais de vinte anos, o termo final da ocupação (1978) não se distancia significativamente de outubro de 1988 e o desejo de regresso foi manifestado praticamente às vésperas da nova ordem constitucional (1986).*

IX. *A remoção da FUNAI – motivada pelo apoio institucional aos interesses do agronegócio – e a reação dos proprietários após o retorno conferem ao esbulho uma fisionomia persistente, que garante a tradicionalidade do território e impede a validação do título de propriedade.*

X. *Apelação a que nega provimento.*

(TRF3. AC 0000793-94.1993.4.03.6003/MS. Desembargador Relator Antonio Cedenho. 2^a Turma. DJe 1.9.2016) (grifos nossos)

Do voto do Relator, extraem-se os seguintes termos:

A Constituição Federal de 1988, em nome da precedência dos povos indígenas e da preservação dos costumes e crenças nativas, estabeleceu que os territórios tradicionalmente ocupados se destinam à sua posse permanente (artigo 231, §1º e §2º).

O sistema constitucional prioriza a diversidade cultural e despreza políticas anteriores de integração à sociedade nacional. As comunidades indígenas que sobreviveram ao processo de genocídio possuem o direito originário de manutenção do modo de vida.

Como ele pressupõe um suporte ambiental em que o grupo possa se reproduzir física, cultural e economicamente, as terras vinculadas a esse propósito devem ser demarcadas, para a garantia de usufruto exclusivo.

A regularização fundiária, porém, não abriga ocupações imemoriais ou que foram espontaneamente neutralizadas.

A Constituição Federal de 1988 descarta os espaços definitivamente incorporados por outros membros da população brasileira, seja porque houve abandono voluntário (Súmula n° 650 do STF), seja porque a associação da área às necessidades materiais e espirituais do aborígene se diluiu ao longo da história, ainda que às custas de regime constitucional anterior.

(...)

Obviamente, a simples perda de contato físico com o meio não prejudica a demarcação.

A reivindicação das terras pela comunidade, através de incursões frequentes no lugar, de pedidos à autoridade pública, torna persistente o esbulho e impossibilita a pacificação, serenidade que justifica o apoio da CF aos títulos de propriedade anteriores.

Apesar da ausência de posse civil, o território continua a condicionar a cultura da tribo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da petição nº 3.388 (Raposa Serra do Sol), empregou a noção de "esbulho renitente", para legitimar a pretensão demarcatória:

(...)

O perito judicial, baseado em documentação existente sobre os integrantes do grupo indígena "Ofayé-Xavante", esclareceu que eles habitavam inicialmente a região denominada "Campos da Vacaria", entre a Serra do Maracaju e o alto curso do Rio Paraná/MS.

Com a colonização e a pressão exercida pelos migrantes paulistas, os índios se deslocaram para o sul do Estado; uma parte passou a ocupar os pantanais da margem direita do Rio Paraná, nos Municípios de Anaurilândia e Três Lagoas, e a outra, os terrenos marginais dos Rios Tabôco e Negro, no Município de Aquidauana.

Na década de 1950, a primeira ramificação se juntou à segunda, fixando-se num espaço que equivale hoje aos limites da Fazenda Boa Esperança, de cujo desmembramento proveio a Fazenda Santana.

Embora os índios "Ofayé-Xavante" tenham sido expulsos da localidade em 1952 e transferidos para a beira do

Rio Verde, num trecho chamado de "Puladouro", eles retornaram à gleba inicial logo em seguida e ali permaneceram até 1978. A FUNAI, então, numa política desastrosa de remoção, acabou por levá-los à reserva indígena "Kadiwéu", situada na região de Bodoquena. (grifos nossos)

Devido aos avanços das fronteiras agrícolas e aos constantes conflitos com outras etnias, eles decidiram voltar, no ano de 1986, ao imóvel anteriormente ocupado na Fazenda Boa Esperança; não o conseguiram e foram colocados no Arrendamento Cisalpina até a realização da regularização fundiária.

A trajetória histórica indica que a comunidade indígena "Ofayé-Xavante" habitou, no período de 1950 a 1978, uma porção da Fazenda Boa Esperança, mantendo as tradições, costumes e crenças praticadas no "Campos da Vacaria". Após o fracasso da política de confinamento na Reserva Indígena "Kadiwéu", retornou sem hesitações à área original e aguarda o restabelecimento da posse civil.

A apropriação da Terra Indígena "Ofayé-Xavante" não passou por uma fase de consolidação. Os índios ficaram no imóvel por mais de vinte anos, o termo final da ocupação (1978) não se distancia significativamente de outubro de 1988 e o desejo de

regresso foi manifestado praticamente às vésperas da nova ordem constitucional (1986).

A remoção da FUNAI – motivada pelo apoio institucional aos interesses do agronegócio – e a reação dos proprietários após o retorno conferem ao esbulho uma fisionomia persistente, que garante a tradicionalidade do território e impede a validação do título de propriedade.

O fato de "Campos da Vacaria" ter sido o primeiro habitat da tribo não exerce influência. O perito esclareceu que os silvícolas "Ofayé-Xavante" são seminômades e se deslocam periodicamente para conseguir novos meios de subsistência e dar vazão à espiritualidade.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais garante direitos territoriais aos índios nômades (artigo 14, 1).

De qualquer forma, a posse de uma parte da Fazenda Boa Esperança durou por mais de vinte anos e possibilitou uma coesão profunda entre o meio e a mentalidade do grupo.

Também não pode ser negligenciado o processo de territorialização a que se referiu o perito na indicação da bibliografia. A relação das populações tradicionais com o espaço é eminentemente

mente dinâmica e reflete as necessidades materiais e espirituais de cada momento.

A política de expansão agrícola e de pressão fundiária deve sofrer essa contextualização, porquanto obriga os nativos, principalmente os de índole pacífica, a buscarem novos lugares para a reprodução física e cultural.

A ocupação da Fazenda Boa Esperança representou um refúgio para os membros da etnia "Ofayé-Xavante".

Portanto, o imóvel de 1.937,6250 hectares situado no Município de Brasilândia/MS configura área tradicional indígena, o que impossibilita a validação do título de propriedade de Bruna Cardim Hofig Ramos e autoriza a desconstituição buscada na reconvenção do Ministério Público Federal (artigo 231, §6º, da CF).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

7.1.3. Decisões Correlatas

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPOR-

TÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

(...)

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

11.1. (...) *A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.*

(STF. PET 3388/RR. Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Plenário. DJe 1.7.2010) (grifos nossos)

1) AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RU-

RAIS SITUADOS NO SUL DA BAHIA EM RESERVA INDÍGENA. 2) CONFLITO GRAVE ENVOLVENDO COMUNIDADES SITUADAS NA RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU. AÇÃO JUDICIAL DISTRIBUÍDA EM 1982 IMPONDO A OBSERVÂNCIA DO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA CARTA DE 1967 PARA DISCIPLINAR A RELAÇÃO MATERIAL SUB JUDICE. (...) 4) DEMARCAÇÃO DA ÁREA SUB JUDICE OCORRIDA EM 1938 DESACOMPANHADA DE HOMOLOGAÇÃO. INCERTEZA ORIUNDA DA AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS RELEGANDO A COMUNIDADE A UMA SITUAÇÃO FRÁGIL E A UM AMBIENTE DE VIOLENCIA E MEDO NA REGIÃO. 5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARS COM O ESTADO DA BAHIA. 6) AUSÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À PRESENÇA DE ÍNDIOS NA ÁREA EM LITÍGIO DESDE O PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA CARTA DE 1967 EM FACE DOS REGISTROS HISTÓRICOS QUE REMON-

TAM A MEADOS DO SÉCULO XVII. 7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. 8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE. IN CASU, VISLUMBRA-SE A PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADA. 9) NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CU-

JAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. (...)

(STF. ACO 312/BA. Ministro Relator Eros Grau. Plenário. DJe 2.5.2012) (grifos nossos)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Município de Gaúcha do Norte, apontando como ato coator o Decreto Presidencial de 29 de abril de 2016, que homologou a demarcação administrativa da Terra Indígena Pequizal do Naruvôtu, relativa à etnia Naruvôtu.

Sustenta que referida Terra Indígena passará a incidir em parte do território do Município, que já tem grande parte de terras localizadas na Terra Indígena Parque Nacional do Xingu.

(...)

A autoridade coatora prestou informações em eDOC 20, asseverando, em síntese: (i) o descabimento da via eleita pelo Impetrante; (ii) a necessidade de dilação probatória para o deslinde do feito; (iii) que a demarcação contestada foi precedida de re-

gular processo administrativo; (iv) que não houve violação ao marco temporal estabelecido pela Constituição, pois incide a teoria do indigenato naquelas áreas nas quais a reocupação em 05 de outubro de 1988 não foi possível por causa de renitente esbulho por parte de não-índios; (...)

Nesses termos, ausente a demonstração de fato relevante, quantum satis, apto a subsidiar o atendimento do pleito, no sentido de sustar os efeitos do Decreto de 29 de abril, que homologou a demarcação da Terra Indígena Pequizal do Naruvôtu, denego a concessão da medida liminar.

(STF. MC no MS 34206/DF. Ministro Relator Edson Fachin. DJe 8.9.2017) (grifos nossos)

Ante o exposto, constata-se que o Tribunal de origem, após análise do Relatório Circunstaciado de Identificação e Delimitação (RCID) da Terra Indígena Xucuru-Kariri, concluiu que ‘os indígenas deixaram de ocupar suas terras originárias porque, em 1872, o Presidente da Província de Alagoas extinguiu os aldeamentos indígenas, transformando suas terras em domínio público, tornando-as devolutas. No caso em epígrafe, resta

claro que os índios não estavam ocupando as terras que lhe competiam originariamente por razões alheias a sua vontade. Na verdade, quedaram-se marginalizados sem as suas terras, sem lugar para plantar, realizar seus cultos, daí que acabaram por ocupar regiões periféricas da cidade de Palmeira dos Índios' (fl. 386e), razão pela qual não há falar em omissão no acórdão recorrido."

(STJ. RESP 1.638.844/AL. Decisão monocrática. Ministra Relatora Assusete Magalhães. DJe 31.5.2017) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. TERRA INDÍGENA. PORTARIA DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO. ATO DECLARATÓRIO. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE CARÁTER EXPROPRIATÓRIO. ELEMENTOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA TERRA COMO INDÍGENA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(STJ. MS 22806/DF. Ministro Relator Benedito Gonçalves. DJe 11.10.2018. terra Indígena Estação Parecis)

Na hipótese dos autos, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal na qualidade de defensor dos direitos e interesses das populações indígenas, com o objetivo de assegurar a passagem e a saída de agentes públicos (notadamente da Funai, da Sesai, da Polícia Federal e do Ministério Público Federal), nos trabalhos de fixação dos marcos físicos demarcatórios na Terra Indígena Jatayvary.

(...)

O procedimento relacionado com a demarcação da terra ainda se encontra pendente, justificando a defesa dos interesses indígenas sobre a área em questão, pela via da ação civil pública, na medida em que não desnatura a natureza jurídica da ação específica para a questão da terra indígena, até porque não tem o condão de afirmar ou de infirmar a presença de vestígios que demonstrem ser a área de ocupação tradicional indígena.

Além disso, a norma prevista no art. 231 da Constituição Federal busca proteger e fazer respeitar as populações indígenas, bem como os seus costumes, cabendo ao Ministério Público, indo muito além de seu papel fiscalizador, atuar em prol da reabilitação dos direitos dos povos indígenas, como no caso de evitar qualquer embaraço aos agentes públicos, no estrito cumprimento de suas funções, pelo interior dos imóveis rurais inci-

dentes na Terra Indígena Jatayvary, para a demarcação física das terras silvícolas.

Quanto ao mérito, a demarcação das terras indígenas, conforme disposto no Decreto 1.775/96, deverá ser precedida de trabalho de identificação da área, sob iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI).

(...)

O procedimento de demarcação de terras indígenas tem caráter declaratório, não podendo ser comparado ao apossamento administrativo, porquanto as terras em que se verifica a ocupação tradicional indígena são desde logo, por dicção constitucional, pertencentes à União e sujeitas ao usufruto exclusivo da comunidade indígena – cabendo ao órgão oficial apenas os estudos antropológicos, a delimitação e demarcação da área.

As fases do procedimento demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são:

a. A realização dos estudos;

b. A delimitação da terra;

c. A expedição da Portaria pelo Ministro do Estado da Justiça.

Nesta última, as terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça, estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a colocação dos marcos físicos.

Ao que consta nos autos, o processo de demarcação da terra indígena Jatayvary teve seu Grupo Técnico constituído em 1999, vindo a área, em 25 de abril de 2011, ser declarada de posse tradicional indígena, por ato do Ministro do Estado da Justiça, pela publicação da Portaria MJ nº 499, de 25/04/2011.

Confira-se o Memorando nº 0009/2015/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU expedido pelo Ministério da Justiça – FUNAI (fls. 126/128):

(...)

2. Inicialmente, informamos que a Terra Indígena Jatayvari foi declarada como voltada à posse permanente e usufruto exclusivo do povo Guarani por meio da Portaria nº 499/MJ, de 25 de abril de 2011, em atenção aos estudos conduzidos pelo grupo técnico constituído pela Portaria nº 199/PRES/FUNAI, de 9 de abril de 1999, procedido nos termos do Decreto nº 1775/96.

(...)

Portanto, ainda que tenha sido assumida como marco temporal a data da promulgação da Constituição Federal, a Corte Suprema acrescentou de forma clara a esse critério que as áreas não ocupadas fisicamente por comunidades indígenas no dia 05/10/1988 em decorrência de persistente esbulho por parte de não índios (seja por atos estatais, seja de particulares) não perdem a condição de terras de ocupação tradicional. Assim, a titulação privada de domínio que remonta à data anterior a esse marco, ou mesmo a presença física de não índios e a comercialização dessas terras, ainda que vindas de décadas atrás, não desconstituem o direito indígena.

Portanto, não pode ser acolhida a pretensão do agravante, de ver reformulado o ato praticado em primeiro grau de jurisdição, e a justificar a concessão da liminar ao presente recurso.”

(TRF3. AI 0012274-49.2015.4.03.0000/MS. Desembargador Relator Paulo Fontes. DJe 27.7.2015) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. APELAÇÕES. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS.

*OBSERVÂNCIA DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DA LEI Nº 6.001/73. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA EM 22/06/1992. RECONHECIMENTO DA TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA. **ESBULHO RENITENTE CARACTERIZADO.** PROVA PERICIAL E DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES. RECURSOS NÃO PROVIDOS.*

1. A demarcação de terras indígenas decorre do reconhecimento constitucional do direito originário dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas, cuja propriedade é da União (art. 20, XI, da Constituição da República), tratando-se, portanto, de ato declaratório de uma situação jurídica preexistente.

2. O constituinte estabeleceu um comando expresso de nulidade e extinção de pretensos direitos adquiridos por não índios sobre terras indígenas, cujos efeitos se estendem sobre vínculos jurídicos de origem pré-constitucional.

3. Os parâmetros para a efetiva delimitação das circunstâncias que se subsumem ao conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" e "por eles habitadas em caráter permanen-

te” (art. 231, § 1º, da Constituição da República) só vieram a ser precisamente estabelecidas pela jurisprudência quando do julgamento, pelo STF, em 19/03/2009, da Pet. 3.388/DF (Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009).

4. Uma vez constatado o denominado fato indígena, resta suplantado qualquer direito de cunho privado, que não poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Consideram-se terras indígenas aquelas que, na data da promulgação da Constituição da República, eram ocupadas por indígenas, adotando-se, assim, o marco temporal de 5 de outubro de 1988 como referencial para o dado da ocupação do espaço geográfico.

5. A interpretação atribuída ao art. 20, XI, da Constituição da República, no caso Raposa Serra do Sol – segundo a qual, para se aferir a tradicionalidade da ocupação, deve ser demonstrada a presença dos índios em determinada área em 05/10/1988 -, foi expressamente ressalvada em relação às hipóteses em que restar caracterizado o esbulho renitente. Portanto, caso demonstrado que a ausência de ocupação indígena no marco temporal estabelecido pelo STF tenha se dado por força de atos de extrusão e remoção compulsória, promovidos por parte de

não índios, não se afasta o reconhecimento da ocupação tradicional.

6. Nos casos "Terra Guyrároka" (RMS nº 29.087, DJe 14/10/2014) e "Terra Indígena Limão Verde" (ARE nº 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015) sedimentou-se a concepção do esbulho renitente em sentido estrito, de acordo com a qual o reconhecimento da expulsão de comunidades indígenas exige a verificação de, ao menos, um dos seguintes fatores: circunstâncias de fato que demonstrem a existência de controvérsia possessória judicializada; ou, ainda, a presença de efetivo conflito possessório que perdure até a data da promulgação da Constituição da República de 1988.

7. No caso, a pretensão dos Autores recai sobre a propriedade da denominada Fazenda "Sant'Ana e São João Mirim", correspondente a uma área de 4.270,5 hectares. Em junho de 1992, foi expedida portaria pelo Ministério da Justiça (Portaria MJ 289, de 19/06/1992), e Decreto Presidencial s/nº, em 01/10/1993, em razão da identificação, pela União Federal e pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), de gleba da área relativa à referida Fazenda como terra tradicionalmente ocupada por indígenas (antigo tekohá Guarani), havendo sido promovida a demarcação de uma área de 2.475 hectares de extensão, denominada região Takuaraty-Ivykuarussu.

8. *Produzido laudo pericial judicial – que se encontra embasado em amplos elementos probatórios, mormente fontes históricas e antropológicas, além de informações coligidas a partir de entrevistas com índios pertencentes à comunidade afetada e precisa análise da área examinada -, concluiu-se pela existência de tradicional ocupação indígena (Guarani-Kaiowá) sobre a área submetida ao processo administrativo de demarcação da terra Takuaraty-Ivykuarussu, bem como apontou-se a ocorrência de atos de extrusão e remoção compulsória contra os índios, caracterizando-se o renitente esbulho.* (grifos nossos)

9. Não comporta acolhimento a alegação de impedimento do perito responsável pelo laudo judicial, em razão da realização de anterior trabalho científico, com motivação estritamente acadêmica, em local parcialmente coincidente com a área examinada.

10. A demarcação de terra indígena é ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário), tratando-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade. Trata-se de presunção juris tantum, cabendo à parte contrária impugná-la, mediante a apresentação de provas inequívocas, aptas a infirmá-la, o que não se verificou no caso. Precedentes.

11. *Constata-se a existência de provas robustas a embasar a regularidade do ato declaratório de demarcação da Terra Indígena Takuaraty-Yvikuarusu, o qual não se mostra eivado de qualquer nulidade, inexistindo fundamentos hábeis a afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo analisado. O fato de as terras terem sido esbulhadas dos indígenas pelo próprio Estado - que, posteriormente, as titulou a particulares – não elide o direito originário dos índios sobre suas terras, nos termos da Constituição da República.*

12. Em 30/07/1986, verificou-se a renúncia, em cartório, ao domínio de uma área que tangencia, parcialmente e em pequena proporção, a Terra Indígena Takuaraty-Yvikuarusu, a qual fora então reservada à posse e ocupação pelos índios, na forma do art. 26, da Lei 6.001/73. Tal ato, porém, não se confunde com a demarcação de terra indígena, realizada mediante procedimento específico, e que, no caso, somente foi efetuada através da Portaria do Ministério da Justiça de 22/06/1992 e do Decreto Presidencial s/nº de 01/10/1993, razão pela qual não há que se falar em ampliação de terra indígena anteriormente demarcada.

13. Inexistindo fundamentos hábeis a infirmar os fundamentos da sentença recorrida, nega-se provimento aos recursos de apelação.

(TRF3. Ag Pet 0005001.49.1992.4.03.6006/MS. Desembargador Relator Hélio Nogueira. 1^a Turma. DJe 20.10.2017) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DA COMUNIDADE QUILOMBOLA DO PICADINHO/MS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO DO INCRA. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OCUPAÇÃO CONTEMPORÂNEA A OUTUBRO DE 1988. PRESENÇA DE ESBULHO RENITENTE. REIVINDICAÇÃO DAS TERRAS POR DESCENDENTES DE DEZIDÉRIO FELLIPE OLIVEIRA. CONCESSÃO DE TITULAÇÃO DEFINITIVA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES PROVIDAS.

I. O interesse de agir está presente. Com a elaboração de relatório técnico favorável à Comunidade Quilombola do Picadinho, é grande a possibilidade de publicação da portaria de demarcação e do decreto homologatório. A ameaça de lesão a direito se apresenta claramente.

II. De qualquer jeito, o Conselho Diretor do INCRA negou provimento aos recursos interpostos no procedimento administrativo, o que ratifica a regularização fundiária sugerida e impulsiona a execução da atividade demarcatória (artigo 9º, parágrafo único, do Decreto nº 4.887/2003 e artigo 17 da Instrução Normativa nº 57/2009).

III. O Ministério Público possui legitimidade recursal.

IV. Além de defensor da ordem jurídica, cuja violação pode ter sido causada por decisão judicial em particular, compete a ele proteger os interesses coletivos - os direitos das comunidades tradicionais dizem respeito ao patrimônio cultural brasileiro - e intervir nas causas de conflito de terras (artigo 5º, I e III, e, da Lei Complementar nº 75/1993 e artigo 82, III, do CPC).

V. A Constituição Federal de 1988, para reafirmar a composição heterogênea da civilização nacional e responder aos malefícios do regime de escravidão que marcou a história do Brasil, assegurou aos remanescentes dos quilombos a propriedade definitiva dos territórios que estejam ocupando (artigo 68 da ADCT).

VI. A regularização fundiária tem um marco temporal específico: as áreas possuídas pelo grupo tribal no momento da pro-

mulgação da norma constitucional. Os trechos ocupados no passado, sem desdobramentos recentes, ou que o forem após aquela data ficam à margem do processo.

VII. É necessário também que os espaços condicionem a manifestação cultural da comunidade quilombola, representando não apenas um meio de subsistência, mas também um elemento de identificação étnico-racial.

VIII. O fato de a ocupação precisar ser contemporânea à promulgação da CF de 88 não barra o direito de quem continua a cobiçar culturalmente o território e não consegue reconquistá-lo devido ao esbulho renitente dos atuais ocupantes.

IX. De acordo com o Relatório de Identificação e Delimitação, Dezidério Fellipe de Oliveira, ao se mudar para o distrito de Picanhinho, passou a ocupar 3.748 hectares na cabeceira de São Domingos. Após o seu falecimento, Maria Cândida Batista de Oliveira, a rogo, outorgou uma procuração a Waldemiro de Souza, para que ele providenciasse a legalização da posse junto ao Estado do Mato Grosso do Sul.

X. Depois da concessão de título definitivo de propriedade, o mandatário habilitou no Juízo de Inventário o crédito pela prestação de serviços e obteve a transferência de 3.148 hectares, dis-

tribuindo, nos três anos seguintes, parcelas do terreno a diversos compradores.

XI. Houve a apropriação fraudulenta das terras, porquanto a retribuição pelo desempenho do mandato foi nitidamente desproporcional. Ninguém se prontificaria a pagar uma assessoria que consumisse mais de 80% da área pretendida, principalmente num momento de grande especulação imobiliária no local.

XII. Os herdeiros, cientes da fraude e da evasão da herança, decidiram contratar Milton de França Moraes para anular as transcrições feitas no nome de Waldomiro de Souza. A ação foi proposta no ano de 1970 e o Juiz da 2º Vara Cível da Comarca de Dourados/MS determinou a expedição de mandado de citação por edital.

XIII. Os filhos, netos, bisnetos de Dezidério Fellipe de Oliveira não assistiram passivamente à transmissão maliciosa de 3.148 hectares entregues pelo Estado do Mato Grosso do Sul. Nas décadas de 1970 e 1980, reivindicaram os imóveis, por intermédio de ações anulatórias. Os atuais ocupantes tentaram intimidá-los, como demonstram os recortes de jornais da época.

XIV. A resistência trouxe ao esbulho uma feição renitente e impediu que a comunidade perdesse o vínculo moral com os territórios, que continuaram a condicionar a reprodução física, cultural, social e econômica de cada um de seus membros. Como a reação se aproximou da data da promulgação da CF de 88, a ocupação manteve a tradicionalidade.

XV. Remessa oficial e apelações providas. Condenação do autor ao pagamento de honorários de advogado de R\$ 5.000,00.

(TRF3. AC 0002213-78.2009.4.03.6002. Desembargador Relator Antonio Cedenho. 2^a Turma. DJe 4.12.2014) (grifos nossos)

7.2. Jurisprudência Internacional

7.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

7.2.2. Resumo do Caso da Comunidade Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006)*

Em 2005, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) uma demanda contra o Paraguai, alegando que o Estado não garantiu o direito de propriedade ancestral da Comunidade Sawhoyamaxa e seus membros, já que desde 1991 tramitava a solicitação de reivindicação territorial. Segundo a representação, a falta de acesso à propriedade e à posse de seu território implicaria também em manter o grupo em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, ameaçando a sua sobrevivência e integridade.

A sentença foi favorável à proteção dos direitos indígenas e fez considerações relevantes sobre o “esbulho renitente”:

IX - VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA) EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA MISMA

Consideraciones de la Corte

ii) limitación temporal del derecho de recuperación

131. El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación existe, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura¹⁹⁴.

132. Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de

las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan. (grifos nossos)

133. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados del presente fallo (*supra* párr. 73.70), *los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación, continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias.* Así lo señalan los propios miembros de la Comunidad que presentaron sus declaraciones mediante *affidávit*: (...) (grifos nossos)

134. *Por lo anterior, la Corte considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de recuperar sus tierras perdidas no ha caducado.* (grifos nossos)

iii) acciones para efectivizar el derecho de los miembros de la Comunidad sobre sus tierras tradicionales (grifos nossos)

135. Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión. (grifos nossos)

136. Ahora bien, la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. (grifos nossos)

137. En tal sentido, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la

falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional. El Estado ha presentado tres argumentos: 1) que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario “desde hace mucho tiempo” y están debidamente inscritas; 2) que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3) que el propietario de las tierras “está amparado por un Tratado entre la República del Paraguay y la República Federal de Alemania[,] el cual [...] es Ley de la Nación”. (grifos nossos)

138. *Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas.* En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una

sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, por lo que hace remisión expresa a lo ya resuelto. (grifos nossos)

139. *El mismo análisis se aplica al segundo argumento del Estado respecto a la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos.*

140. *Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes “por causa de utilidad o interés público”, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales*

emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.

141. Por lo expuesto, la Corte rechaza los tres argumentos estatales señalados supra, y no los considera suficientes para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa.

142. Finalmente, debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

143. Si bien el Paraguay reconoce en su ordenamiento el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los indígenas, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miem-

bros de la Comunidad Sawhoyamaxa. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

144. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

XIV - PUNTOS RESOLUTIVOS

248. Por tanto,

LA CORTE

Por unanimidad,

DECLARA QUE,

2. el Estado violó el derecho a la Propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, en los términos de los párrafos 117 a 144 de la presente Sentencia.

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

7.2.3. Resumo do Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguai (2010)

A região do Chaco paraguaio é habitada por vários povos indígenas desde tempos imemoriais. A economia é baseada em agricultura sazonal, caça e pesca, o que acarretava a ocupação de um extenso território. Essa forma de viver se manteve até o século XIX, perpassando a colonização espanhola. Entre os anos de 1885 e 1887, o Governo do Paraguai, precisando pagar a dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), vendeu 2/3 do Chaco na Bolsa de Londres. A região, na época, era habitada exclusivamente por povos indígenas, que não tiveram conhecimento da transação.

A partir de então, o Chaco sofreu expansão da fronteira agropecuária, sobretudo pelas frentes de cultivo, exploração madeireira e criação de gado pelos supostos proprietários da área. Os indígenas ficaram confinados em pequenos territórios. Em 2010, 45% das 525 comunidades indígenas da região não possuíam direito à terra. Foi nesse cenário que a comunidade indígena Xákmok Kásek decidiu reivindicar uma área de 10.700 hectares (Fazenda Salazar) e outra de 1.500 hectares, chamada de “25 de Febrero” perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A sentença foi favorável à proteção dos direitos indígenas:

VI – Direito à Propriedade Comunitária, Garantias Judiciais e Proteção Judicial - (Artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana)

2.1.3. Vigência do direito a reclamar as terras tradicionais

112. Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente. Se esta relação tivesse deixado de existir, também se extinguiria esse direito.

113. Para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu que: i) ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, através de laços espirituais ou ceremoniais; assentamen-

tos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais. (grifos nossos)

116. *Em virtude das considerações anteriores, a Corte considera que o direito dos membros da Comunidade Xákmok Kásek de recuperar suas terras perdidas permanece vigente.* (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

8. Direito à Preservação dos Lugares Sagrados

“SABEMOS QUE O HOMEM BRANCO NÃO COMPREENDE NOSSOS COSTUMES. UMA PORÇÃO DE TERRA PARA ELE TEM O MESMO SIGNIFICADO QUE QUALQUER OUTRA, POIS É UM FORASTEIRO QUE VEM À NOITE E EXTRAI DA TERRA AQUILO QUE NECESSITA. A TERRA NÃO É SUA IRMÃ, MAS SUA INIMIGA, E QUANDO ELE A CONQUISTA, PROSSEGUE O SEU CAMINHO.

DEIXA PARA TRÁS O TÚMULO DE SEUS ANTEPASSADOS E NÃO SE INCOMODA. RAPTA DA TERRA AQUILO QUE SERIA DE SEUS FILHOS E NÃO SE IMPORTA. A SEPULTURA DE SEU PAI E OS DIREITOS DE SEUS FILHOS SÃO ESQUECIDOS. TRATA SUA MÃE TERRA, E SEU IRMÃO, O CÉU, COMO COISAS QUE POSSAM SER COMPRADAS, SAQUEADAS, VENDIDAS, COMO CARNEIROS OU ENFEITES COLORIDOS. SEU APETITE DEVORARÁ A TERRA, DEIXANDO SOMENTE UM DESERTO.”

CACIQUE SEATTLE

(POVO SUQUAMISH/EUA)

8.1. Jurisprudência Nacional

8.1.1. Resumo do Caso

O Governo federal concedeu licença para a construção da Usina Hidrelétrica (UHE) Teles Pires, na divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso. O local escolhido para a obra é sagrado para os povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká, embora esteja fora da área demarcada (T.I. Kayabi). Em manifesto, os indígenas declararam que “as Cachoeiras de Sete Quedas, que ficariam inundadas pela barragem, são o lugar de desova de peixes que são muito importantes para nós, como o pintado, pacu, pirarara e matrinxã. A construção desta hidrelétrica, afogando as cachoeiras de Sete Quedas, poluindo as águas e secando o Teles Pires rio abaixo, acabaria com os peixes que são a base da nossa alimentação. Além disso, Sete Quedas é um lugar sagrado para nós, onde vive a Mãe dos Peixes e outros espíritos de nossos antepassados – um lugar onde não se deve mexer”.

Imediatamente, o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso (MPMT) ajuizaram uma ação civil pública para a suspensão do licenciamento. Entre as irregularidades, a Fundação Nacional do Índio (Funai) alertou que o local registra não apenas referência simbólica da cultura imaterial da-

queles povos, como também sua riqueza ecológica, por ser ele um berçário natural de distintas espécies. O Ibama, por sua vez, comprovou que “a maioria das espécies reofílicas sofrerá grande impacto por ocasião do empreendimento com extinção local dessas populações”.

A ação civil pública obteve liminar favorável. A Companhia Hidrelétrica do Teles Pires S/A (CHTP) recorreu ao TRF1. A decisão liminar foi mantida em memorável acórdão que abordou o significado do lugar para os indígenas.⁷

8.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E

⁷ A liminar foi suspensa por decisão do presidente do TRF1 em Suspensão de Segurança (Lei 8.437/92, art. 4º) movida pela União e pelo Ibama (processos nºs 0018930-81.2012.4.01.0000 e 0018625-97.2012.4.01.0000). Em consequência, a Companhia Energética do Teles Pires requereu a desistência do recurso. A Turma não aceitou a desistência. Entendeu também que a Suspensão de Segurança, por se tratar de julgamento político, não prejudica o julgamento pela Turma, que possui índole jurídica.

AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESOALIDADE E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONCESSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI Nº. 8.437/92 E AO ART. 63 DA LEI Nº. 6.001/73. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO EM SEDE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. DESISTÊNCIA RECURSAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSO. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO DE ABRANGÊNCIA REGIONAL. PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO E DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO.

I - Nas ações coletivas, em que a controvérsia instaurada envolve a defesa de interesses difusos, como no caso, onde a proteção postulada pelo Ministério Público Federal e Estadual grava-

em torno de direitos indígenas e ambientais, há supremacia desses interesses coletivo e difuso-ambiental sobre o direito intersubjetivo das partes, a desautorizar a homologação da desistência recursal, formulada nos termos do art. 501 do CPC, de forma a possibilitar a manifestação da Corte revisora acerca da questão jurídica ventilada nos autos, em dimensão intergeracional. Caracteriza-se, na espécie, a transcendência das questões discutidas no recurso judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual brasileira (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-B, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral (Néstor Sagüès, apud Bruno Dantas, in “Repercussão Geral”, RT - SP. 2009). Nas ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a não admitir-se a desistência recursal por mero interesse subjetivo das partes no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público-ambiental.

II - A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “em havendo superposição de controle judicial, um político (suspensão de tutela pelo Presidente do Tribunal) e outro jurídico (agravo de instrumento) há prevalência da decisão judicial” (REsp 476469/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 297). Inexistência, no caso concreto, de relação de prejudicialidade do agravo de instrumento, em virtude de decisão proferida pela Presidência do Tribunal, em sede de Suspensão de Segurança.

III - De outra banda, a proliferação abusiva dos incidentes procedimentais de suspensão de segurança, como instrumento fóssil dos tempos do regime de exceção, a cassar, reiteradamente, as oportunas e precautivas decisões tomadas em Varas ambientais, neste país, atenta contra os princípios regentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), sob o comando dirigente do princípio da proibição do retrocesso ecológico, no que fora sempre prestigiado internacionalmente pelo Projeto REDD PLUS (Protocolo de Kyoto, COPs 15 e 16 - Copenhague e Cancún) com as garantias fundamentais do progresso ecológico e do desenvolvimento sustentável, consagradas nas convenções internacionais de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (ECO-92 e Rio + 20), agredindo, ainda, tais decisões abu-

sivas, os acordos internacionais, de que o Brasil é signatário, num esforço mundialmente concentrado, para o combate às causas determinantes do desequilíbrio climático e do processo crescente e ameaçador da vida planetária pelo fenômeno trágico do aquecimento global e do aumento incontrolável da pobreza e da miséria em dimensão mundial.

IV - Excepcionalmente, a regra constante do art. 2º da Lei 8437/1992 tem sido mitigada por nossos tribunais, conferindo legitimidade à concessão de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, sem a oitiva do poder público, quando presentes os requisitos legais para essa finalidade, como no caso. Precedentes.

V - Nessa mesma linha de entendimento, em se tratando de medida asseguratória de direitos indígenas e difusos-ambientais, como na hipótese em comento, a sua concessão liminar não caracteriza violação à regra do art. 63 da Lei nº. 6.001/73 (Estatuto do Índio), por autorização expressa dos arts. 11 e 12, caput, da Lei nº. 7.347/85 c/c o comando normativo do art. 5º, inciso XXXV, do Texto Magno.

VI - Nos termos do art. 2º da Lei nº. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, as demandas ali previstas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competê-

cia funcional para processar e julgar a causa. No caso concreto, versando a controvérsia instaurada nos autos de origem em torno de dano ambiental de âmbito regional ou nacional, decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires, a competência é do juízo federal da Capital do Estado de Mato Grosso, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso II, da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada do art. 21 da Lei nº. 7.347/85.

VII - A nulidade processual decorrente da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário somente se opera após a adoção da medida prevista no parágrafo único do art. 47 do CPC. Na espécie dos autos, o comparecimento espontâneo da litisconsorte (ora recorrente) aos autos, aliada ao posterior requerimento formulado pelos demandantes, nesse sentido, supre eventual omissão, no particular. Preliminar que se rejeita.

VIII - Amparando-se o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem na suspensão da licença de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, sob o fundamento de irregularidades na sua concessão, o reconhecimento de sua invalidade, como fundamento para concessão da medida postulada não caracteriza julgamento extra petita. Rejeição da preliminar de nulidade, sob esse argumento.

IX - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e glo-

bal, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumenta-

liza, em seus comandos normativos, o princípio da pre-caução (quando houver dúvida sobre o potencial deleté-rio de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela ju-risdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitu-cional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na lin-ha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e inter-esses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desen-volvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafir-mado na Rio + 20).

XI - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em ter-ras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Con-gresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes

assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

XII - *Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).*

XIII - *De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal - EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Público Federal, que é o*

empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do IBAMA, como órgão da administração indireta do próprio Governo Federal. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput).

XIV - Agravo de instrumento desprovido, para restabelecer a eficácia plena da decisão recorrida, na dimensão do artigo 512 do CPC.

A Turma, preliminarmente, por maioria, acolheu a questão de ordem suscitada pelo relator e indeferiu o pedido de homologação de desistência do agravo de instrumento e por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. (AG 0018341-89.2012.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/08/2012 PAGINA:823.) (grifos nossos)

O voto condutor assim detalhou o entendimento sobre a proteção dos lugares sagrados:

O decisum impugnado examinou, e deferiu, o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos de origem, com estas letras.⁸

(...)

3.2) Aspecto espiritual e sociocultural

O Salto Sete Quedas é um local sagrado para os Munduruku, que creem nele viver vários espíritos, notadamente a Mãe dos Peixes, o músico Karupi, o espírito Karubixexé e os espíritos dos antepassados. Exatamente por isso é que as corredeiras também são conhecidas como Uel, que significa “lugar onde não se pode mexer”.

Com efeito, a FUNAI afirma se tratar de “um refúgio (...) da mãe d’água. (...) Quando esses ecossistemas são descaracterizados o domínio dos espíritos também é afeitado e isso é visto com preocupação.”⁹

8 Lliminar concedida pela Juíza Federal Célia Regina Ody Bernardes.

9 Parecer Técnico nº 142010 – COLIC/CGGAM/DPDS/FUNAI, fls. 92.

É necessário salientar o fato de que o Estudo do Componente Indígena (ECI) das UHEs São Manoel e Foz do Apiacás, encaminhado pela EPE à FUNAI com vistas à expedição da Licença Prévia da UHE Teles Pires, “não apresenta a relação que [os índios] estabelecem com o ambiente local e como ele se associa as relações sociais simbólicas (de elementos culturais herdados da memória coletiva) mediados pela troca homem/natureza”. Ainda segundo a FUNAI, os Munduruku questionam a omissão de tais impactos no EIA, dada a “importância do local para os aspectos espirituais, ecológicos e reprodutivos do salto Sete Quedas para a identificação cultural de seu povo, ressaltando que existem diversos cantos rituais que se referem ao Salto Sete Quedas e a casa da mãe d’água.”¹⁰

Ainda segundo a FUNAI:

O rio Teles Pires constitui-se como principal eixo sociocultural dos povos em análise e o Salto Sete Quedas uma das mais importantes referências simbólicas e ecológicas para essas populações (...). (...) este rio, e especialmente, o Salto Sete Quedas,

10 Idem ibidem.

encontram-se engendrados no universo social das populações indígenas e deveriam ter sido observados como parte da organização social desses povos, presentes enquanto categorias territoriais de uso e ocupação, diretamente associados à cultura imaterial e espiritual, e de memória coletiva, assim como deveriam ser mais bem analisados no contexto de avaliação de impactos e viabilidade dos empreendimentos.¹¹

E a FUNAI é muito clara ao afirmar que o ECI não analisou suficientemente a importância da relação cultural entre os indígenas e as áreas sagradas de seus territórios, pois não estabeleceu “as relações necessárias com a cosmologia e a organização social e política dos Apiaká, Kayabi e Munduruku.”¹²

(...)

Em “Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais: normas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, texto em que a Corte Interamericana de Direi-

11 Idem, fls. 56.

12 Idem, fls. 93/94.

tos Humanos condensa sua interpretação acerca dos direitos dos povos indígenas, também há tópicos dedicados à relação espiritual que os índios mantêm com o território.¹³

O Estado brasileiro é laico, nos termos da Constituição da República de 1988:

(...) é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.¹⁴

É vedado à União (...) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes rela-

13 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Capítulo VI (El contenido específico de los derechos de propiedad indígenas sobre los territorios), J (Ejercicio de la relación espiritual con el territorio y acceso a sitios sagrados, p. 64-65), e Capítulo VII (La falta de protección de los derechos de propiedad en tanto obstáculo para el goce efectivo de otros derechos humanos), D (El derecho a la identidad cultural y la libertad religiosa, p. 70-71). Disponible em: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm> Acesso em: 22 mar. 2012.

14 Artigo 5º, inciso VI, Constituição da República de 1988.

*ções de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (...).*¹⁵

Do caráter laico do Estado decorre uma série de obrigações para esse mesmo Estado, autolimitado juridicamente, tanto de ordem negativa (abstenções) quanto de ordem positiva (prestações). O Estado laico tem a obrigação de não interferir no livre exercício dos cultos religiosos, de não lhes embaraçar o funcionamento, ao mesmo tempo em que deve cumprir a obrigação de garantir proteção aos locais de culto e a suas liturgias. E assim o é porque a República Federativa do Brasil se constituiu como um Estado laico: nem confessional nem ateu.

É exatamente este um dos fundamentos mais importantes da presente demanda de prestação jurisdicional: os autores requerem ao Poder Judiciário que confira eficácia aos princípios e normas constitucionais conformadores da liberdade religiosa, na qual se incluem “a liberdade de crença, de aderir a alguma religião e a liberdade do exercício do culto respectivo.”¹⁶

15 Artigo 19, Constituição da República de 1988.

16 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2008. p. 417.

Ao reconhecer a liberdade religiosa, a Constituição da República de 1988 “denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado (...) e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos”.¹⁷ Do ponto de vista cultural, essas medidas se justificam porque, na lição de Peter Häberle, “o Estado constitucional democrático vive também do consenso sobre o irracional, e não somente do discurso ou do consenso ou dissenso em relação ao racional”.¹⁸

No presente caso, não vislumbro algum outro valor constitucional de maior peso que a integridade do Salto Sete Quedas, lugar sagrado para os povos Kayabi, Apiká e Munduruku. (...)

*No que se refere ao segundo tópico, além dos lúcidos fundamentos arrolados na decisão agravada, merecem destaque os seguintes apontamentos constantes da petição inicial que instrui os autos de origem, *in verbis*:*

“(...)

17 Idem, p. 419-420.

18 Idem, p. 420.

Dentre os impactos a serem suportados pelos povos indígenas, está, por exemplo, a inundação das corredeiras de Sete Quedas. Trata-se de área de reprodução de peixes migratórios como piraíba, pintado, pacu, pirarara e matrinxã, que são base alimentar das populações indígenas que vivem na bacia do Teles Pires.

Além disso, o local é de extrema importância cultural e religiosa. Sete Quedas é lugar sagrado para os MUNDURUKU, onde vive a Mãe dos Peixes, um músico chamado Karupi, o espírito Karubixexé, e os espíritos dos antepassados (lugar em que não se pode mexer – uel).

(...)

Ressalte-se que a importância do local – corredeiras de Sete Quedas – para os povos indígenas Kayabi e Munduruku foi reconhecida pela FUNAI no Parecer Técnico nº 142010 – COLIC/CGGAM/DPDS/FUNAI, que registra não apenas sua referência simbólica enquanto elemento fundante da cultura imaterial daqueles povos (local sagrado, refúgio da mãe d’água), como também sua riqueza ecológica por ser ele um berçário natural de distintas espécies (p.41/42).

É justamente esse local – corredeiras de Sete Quedas – que será alagado pela UHE Teles Pires.

(...)

Nota-se, ainda, uma nefasta consequência: a intensificação de pressões sobre territórios e povos indígenas relacionados ao aumento de fluxos migratórios; especulação fundiária; desmatamento e pressões sobre os recursos naturais (como a pesca predatória e exploração ilegal de madeira e recursos minerais), que tendem a se acirrar ainda mais no contexto da não-demarcação da área interditada da TI KAYABÍ, pendente há quase 20 anos.

O IBAMA, em sua Informação Técnica nº 43/2010 (COHID/CGENE/DILIC/IBAMA), faz análise preliminar do EIA/RIMA referente à ictiofauna – assunto relevante para o dimensionamento dos impactos sobre as populações indígenas.

Dentre as constatações do documento, incluem-se: a concordância de que “o conhecimento da ictiofauna do rio Teles Pires é incipiente e não permite uma análise mais acurada nos padrões de distribuições e casos de

endemismo das espécies mais dependentes das corredeiras” e que “a maioria das espécies reofílicas sofrerá grande impacto por ocasião do empreendimento com extinção local dessas populações”.

Senhora Presidente, após detida análise das peças essenciais deste feito judicial, estou convencido de que, no luminoso espectro das águas verticais do Salto em Sete Quedas, no cenário ambiental do projeto hidrelétrico da Usina Teles Pires, nos Estados de Mato Grosso e do Pará, em pleno Bioma Amazônico, existe o Avatar do intocável Mágico Criador da cultura ecológica desses Povos Indígenas (Kayabi, Munduruku e Apiaká), que serão atingidos gravemente em suas crenças, costumes e tradições, nascidas em suas terras imemoriais, tradicionalmente por eles ocupadas, a merecer, com urgência, a tutela cautelar iniciativa do antevisto dano ambiental, que se lhes anuncia, no bojo destes autos. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

8.1.3. Acórdãos Correlatos

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEMARCAÇÃO DE ÁREA INDÍGENA DENOMINADA PONTE DE PEDRA EM MATO GROSSO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE TODOS OS ATOS QUE ENSEJARAM O PROCESSO DE LICENCIAMENTO DO EMPREENDIMENTO UHE PONTE DE PEDRA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA RECORRIDA DIANTE DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO DIANTE DOS TERMOS EM QUE PROPOSTA A PRESENTE CAUSA. IMPERTINÊNCIA DO PEDIDO DA UNIÃO DE PARTICIPAR DO PROCESSO NA QUALIDADE PROCESSUAL DE ASSISTENTE LITIS-CONSORCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE EXISTÊNCIA DE ERROR IN PROCEDENDO NA SENTENÇA RECORRIDA CONSISTENTE EM IRREGULARIDADES QUANTO À JUNTADA DE DOCUMENTOS ALUSIVOS À CADEIA DOMINIAL DA ÁREA SOB DISPUTA JUDICIAL. IRREGULARIDADE SA-

NEADA E EXPRESSAMENTE ENFRENTADA NO CONTEXTO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DA SENTENÇA RECORRIDA. INCONSISTÊNCIA JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DA NÃO PRODUÇÃO, NO CONTEXTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E TOPOGRÁFICO. SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS QUE CONSTITUEM O AR CABOUCO PROBATÓRIO DOS AUTOS. PROVA TÉCNICA OBJETO DE IMPUGNAÇÃO PELO ESTADO DO MATO GROSSO CUJA ELABORAÇÃO FOI DE INICIATIVA DA PRÓPRIA APELANTE ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO LTDA. INCONSISTÊNCIA JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE FATO SUPERVENIENTE NO SENTIDO DE QUE A ÁREA PONTE DE PEDRA FOI DEMARCADA E QUE O EMPREENDIMENTO HIDRÉTRICO ESTÁ FORA DOS SEUS LIMITES. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DEVER CONSTITUCIONAL DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS RESPONSÁVEIS. ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ADCT, ARTIGO 67. ESTATUTO DO ÍNDIO - LEI 6001/73. DECRETO 1775/96. INVIALIDADE DE CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA NA ÁREA DENOMINADA PONTE DE PEDRA SITU-

ADA EM MATO GROSSO SEM A OBEDIÊNCIA AOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS APlicáveis, DENTRE ELES, A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA (CF/88, ART. 233, § 3º). TITULARIDADE DA ÁREA RECONHECIDA EM PROL DA COMUNIDADE INDÍGENA PARESI, CONFORME DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. LEGITIMIDADE DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS HIDRELÉTRICOS, DO LICENCIAMENTO PRÉVIO E DOS ACORDOS FIRMADOS TENDO POR OBJETO A ÁREA PONTE DE PEDRA DIANTE DE SUA NATUREZA DE TERRA TRADICIONALMENTE PERTENCENTE AOS ÍNDIOS. MULTA COMINATÓRIA POR ATRASO DA FUNAI EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PRAZO JUDICIALMENTE FIXADO ESTIPULADA EM GRAU ELEVADO E EM DESCOMPASSO COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PERTINÊNCIA JURÍDICA DA DIMINUIÇÃO DO SEU QUANTUM MENSAL. APELAÇÕES DA UNIÃO E DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÕES DO ESTADO DE MATO GROSSO E DA ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO LTDA DESPROVIDAS.

1. O objeto da presente ação civil pública é a outorga de provimento jurisdicional no sentido de que á área denominada "Ponte da Pedra", seja declarada, para todos os fins constitucionais, como terra indígena e, conseqüentemente, sejam declarados nulos todos os atos que ensejaram o processo de licenciamento do empreendimento UHE Ponte de Pedra.

2. O Estado de Mato Grosso suscita, preliminarmente, a nulidade da sentença recorrida tendo em vista a sua não intimação, na qualidade de assistente simples da Fundação Estadual de Mato Grosso - FEMA, dos atos processuais anteriores à sentença. Ausência de demonstração de prejuízo processual. Alegação afastada. Questão referente ao cerceamento de defesa por ausência de designação de perícia antropológica e topográfica nos autos a ser analisada no contexto do julgamento de mérito das apelações.

3. Legitimidade passiva ad causam da União reconhecida, à consideração de que um dos fundamentos da causa consistiu nas alegadas irregularidades apontadas pelo Ministério Público Federal em seu desfavor nos procedimentos que ensejaram a outorga de concessão e licenciamento para o aproveitamento hidrelétrico na área sub judice. Análise do pedido da União no sentido de funcionar como assistente litisconsorcial do autor da ação - Ministério Público Federal - prejudicada.

4. *Impertinência jurídica da alegação de existência de error in procedendo na sentença recorrida consistente da irregularidade praticada pela Secretaria do Juízo a quo no tocante à documentação alusiva à cadeia dominial da área objeto do presente litígio, eis que dirimida e expressamente enfrentada no contexto do julgamento dos embargos de declaração opostos em face da sentença recorrida.*

5. Quanto ao mérito, é de se afastar, inicialmente, a alegação de cerceamento de defesa por ausência de designação de perícia antropológica e topográfica. Em primeiro lugar, as partes nada requereram na fase de produção de provas. Ademais, restou incontroverso nos autos que o relatório realizado pela Professora Doutora Maria de Fátima Roberto Machado foi produzido por iniciativa da ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO LTDA, a principal interessada na causa dentre os integrantes do pólo passivo da relação processual. Ademais, como bem demonstra a Procuradoria Regional da República, os autos vieram acompanhados de vasta documentação atinente à cópia do Estudo de Impacto Ambiental, ao Relatório de Impacto Ambiental, ao estudo do Sítio Ponte de Pedra, ao trabalho realizado pela antropóloga Jacira Monteiro de Assis Bulhões, ao levantamento arqueológico na área do Monumento Natural de Ponte de Pedra, ao relatório final, ao trabalho complementar ao EIA-

RIMA UHE Ponte de Pedra, da antropóloga Doutora Maria Fátima Roberto Machado, dentre outros documentos acostados aos autos.

6. É inconsistente, do ponto de vista jurídico, a alegação da ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO LTDA de fato novo externado na suposta circunstância de que a área a ser ocupada pela UHE Ponte de Pedra não está inserida na área de interesse dos índios da tribo Paresi e que houve a efetivação do processo de demarcação com a confirmação de que a mencionada usina hidrelétrica está fora do perímetro da reserva indígena, conforme os termos do Despacho nº 59, de 22 de junho de 2006. Em primeiro lugar, a apreciação de tal alegação requer um exame técnico acurado, o que se afigura inviável neste estágio processual, a não ser no contexto de eventual execução do julgado recorrido. Em realidade, o Despacho-FUNAI nº 59, de 22 de junho de 2006, não passa de mero levantamento preliminar da área sob disputa judicial. E, por outro lado, não se tem notícia nos autos acerca da efetiva demarcação por parte da FUNAI de Ponte de Pedra. Em pesquisa realizada em torno da situação atual da área, foi identificada a publicação no DOU de 28/09/2010 do Despacho nº 3.078 do Ministro da Justiça, cujo artigo 1º declara "a posse permanente do grupo indígena Paresi a Terra Indígena PONTE DE PEDRA com superfície apro-

ximada de 17.000 ha (dezessete mil hectares) e perímetro também aproximado de 73 Km (setenta e três quilômetros)" com os respectivos delineamentos de suas delimitações. O art. 2º, à sua vez, está assim redigido: "A FUNAI promoverá a demarcação administrativa da Terra indígena ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 e do art. 5º do Decreto nº 1.775/96". No tocante à posição atual da demarcação da área em questão, a Coordenadoria-Geral de Demarcação e Geoprocessamento da FUNAI informou que o procedimento está suspenso. Segundo precedente desta Corte (AC 0053468-64.2007.4.01.0000/MT, Rel. Juiz Federal Convocado Pedro Francisco da Silva, e-DJF1 de 22/11/2010, p. 244), que invoca entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal "a demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e veracidade, possuindo natureza declaratória e força auto-executória (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello)".

7. Ademais, é preciso invocar um outro precedente desta Corte julgado em data recente (AC nº 2006.39.03.000711-8/PA) envolvendo o Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte, em cujo voto da ilustre Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida ficou assentado que apesar de

constituir questão incontrovertida o fato de que o empreendimento está fora de área indígena, não se descartou a possibilidade de tal obra gerar impactos negativos sobre terras indígenas, concluindo-se, dentre outros fundamentos esposados em seu voto, pelo cancelamento do licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte.

8. Segundo dispõe o § 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, as terras indígenas são aquelas por "eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

9. Está provado nos autos, segundo relatório da Professora Doutora da Universidade Federal de Mato Grosso Maria Fátima Roberto Machado o empreendimento hidrelétrico está dentro da área vindicada pelo povo Paresi. Veja-se a seguinte passagem do estudo técnico mencionado: "Ponte de Pedra é reivindicada por todos os Paresi como território-mãe, é um fator de identidade que os reúne em torno de um sentimento de pertencimento étnico, de um grupo étnico que partilha um mesmo mito de origem, de surgimento no mundo. E essa identidade é fundamental nos dias atuais, em que as relações com os imóti

tornam-se mais complexas, demandando deles mais coesão social. É preciso lembrar ainda que a sociedade Paresi é formada por grupos de aldeias independentes econômica e politicamente, o que exige momentos, rituais de atualização da identidade mais ampla. Levando em conta as características da sociedade Paresi e o seu processo histórico de contato, é possível afirmar que o movimento pela retomada de Ponde de Pedra tende a se fortalecer, na mesma proporção em que crescem as expectativas dos empreendedores para que o empreendimento hidrelétrico venha a acontecer. Por ter como característica principal o fato de ser um território sagrado, que expressa vínculos de sentimento, projeções, valores, atualizações de identidades, limita muito o campo de negociação, não havendo proposta de resarcimento que não fosse tomada como uma agressão. Como é possível ver na ilustração cartográfica, anexo nº, a área do empreendimento U.H.E encontra-se totalmente dentro do território mítico reivindicado pelos índios".

10. Diante da alta complexidade do processo de demarcação de área indígena, reputo elevada a multa cominatória estipulada na sentença - R\$ 500.000,00 (quinquzentos mil reais) por mês em caso de atraso por parte da FUNAI do prazo de 01 (um) ano fixado pelo juiz a quo. Reputo razoável o valor de R\$ 100.000,00

(cem mil reais) por mês para a hipótese de descumprimento da sentença recorrida dentro do prazo que fora fixado pelo magistrado a quo. Sem honorários advocatícios, tendo em vista a natureza da presente ação e diante da circunstância de que não houve condenação nos ônus da sucumbência no tocante à União e a FUNAI.

11. *Apelações da União e da FUNAI parcialmente providas. Apelações da ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO e do ESTADO DO MARANHÃO desprovidas.*

(AC 0009796-51.1999.4.01.3600, JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, TRF1 - 4^a TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 21/06/2013 PAG 1500.)

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA UHE SERRA DA MESA. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL REALIZADO PELO ESTADO DE GOIÁS. INVALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA EM RIO INTERESTADUAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SO-

CIAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. ORIENTAÇÃO DA CARTA ENCÍCLICA SOCIAL-ECOLÓGICA LAUDATO SI, DO SANTO PADRE FRANCISCO, NA ESPÉCIE DOS AUTOS.

I – Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “*defesa do meio ambiente*” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...)

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não com-

prometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a **Carta Ambiental da França** (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

II – Na visão holística da Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, “muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões

para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura” e de que “toda a intervenção na paisagem urbana ou rural deveria considerar que os diferentes elementos do lugar formam um todo, sentido pelos habitantes como um contexto coerente com a sua riqueza de significados. Assim, os outros deixam de ser estranhos e podemos senti-los como parte de um «nós» que construímos juntos. Pela mesma razão, tanto no meio urbano como no rural, convém preservar alguns espaços onde se evitem intervenções humanas que os alterem constantemente. (...) Neste contexto, sempre se deve recordar que «a proteção ambiental não pode ser assegurada somente com base no cálculo financeiro de custos e benefícios. O ambiente é um dos bens que os mecanismos de mercado não estão aptos a defender ou a promover adequadamente». Mais uma vez repetido que convém evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos. Será realista esperar que quem está obcecado com a maximização dos lucros se detenha a considerar os efeitos ambientais que deixará às próximas gerações? Dentro do esquema do ganho não há lugar para pensar

nos ritmos da natureza, nos seus tempos de degradação e regeneração, e na complexidade dos ecossistemas que podem ser gravemente alterados pela intervenção humana”.

III – Na hipótese dos autos, em se tratando de licenciamento ambiental de empreendimento hidrelétrico com potencial risco de dano ao meio ambiente em rio sob domínio da União, a competência para a sua concessão é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). Além disso, a construção da mencionada usina hidrelétrica causa impactos ambientais e socioambientais no perímetro da comunidade indígena Avá Canoeiro, caracterizando-se, também sob este prisma, a competência do IBAMA para o li-

cenciamento do referido empreendimento. Confiram-se precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

IV – De outra banda, afigura-se juridicamente possível a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, com a participação do órgão competente, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de UHE Serra da Mesa (**EPIA – Estudo Póstumo de Impacto Ambiental por imperativo do princípio da prevenção**), posto que independentemente de ser válida ou não a licença já expedida, há de ser realizado, na espécie, um licenciamento ambiental válido, sob o controle administrativo do órgão de fiscalização competente (IBAMA), visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente e, quando possível, a total remoção dos ilícitos ambientais, para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa de quem se omitiu em implementá-lo ou exigí-lo validamente em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, no interesse público e difuso de todos, na linha de eficácia do indispensável princípio da prevenção.

V – Agravo de instrumento desprovido. Decisão confirmada, na dimensão eficacial do artigo 512 do CPC vigente.

(AG 0020317-44.2006.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 28/08/2015 PAG 1286.) (grifos nossos)

8.2. Jurisprudência Internacional

8.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

8.2.2. Resumo do Caso Saramaka vs. Suriname (2007)

O povo Saramaka vive ao norte do rio Suriname, no país do mesmo nome, que faz parte da Pan-amazônia. Não se trata de um povo indígena. Ele seria considerado no Direito interno como *povo tradicional*, nos moldes do Decreto nº 6040/07, ou *povo tribal*, na nomenclatura da Convenção 169/OIT. Assim sendo, o precedente pode ser aplicado aos povos indígenas também.

Na década de 1960, parte de seu território foi inundado pela construção da Usina Hidrelétrica (UHE) Afobaka, causando sua remoção forçada. Outra parte do território foi concedida pelo Governo à exploração de madeira. O povo Saramaka sofreu impactos sociambientais, como a redução dos recursos de subsistência e destrui-

ção de lugares sagrados. Diante da inércia do Governo surinamês em promover a reparação dos danos, o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

8.2.3. Extratos da Sentença

A Corte IDH analisa a relação do povo Saramaka com o território:

82. Sua cultura é também muito parecida com a dos povos tribais, já que os integrantes do povo Saramaka mantêm uma forte relação espiritual com o território ancestral que tradicionalmente usaram e ocuparam. A terra significa mais do que meramente uma fonte de subsistência para eles; também é uma fonte necessária para a continuidade da vida e da identidade cultural dos membros do povo Saramaka. As terras e os recursos do povo Saramaka formam parte de sua essência social, ancestral e espiritual. Neste território, o povo Saramaka caça, pesca e colhe, e coleta água, plantas para fins medicinais, óleos, minerais e madeira. Os sítios sagrados estão distribuídos em todo o território, toda vez que o território em si tem um valor sagrado para eles. Em especial, a identida-

de dos integrantes do povo com a terra está intrinsecamente relacionada à luta histórica pela liberdade contra a escravidão, chamada a sagrada “primeira vez”. Durante a audiência pública do presente caso o Capitão Chefe Wazen Eduards descreveu a especial relação que mantém com a terra do seguinte modo:

A floresta é como nosso mercado local; ali obtemos nossos medicamentos, nossas plantas medicinais. Ali caçamos para ter carne para comer. A floresta constitui verdadeiramente nossa vida inteira. Quando nossos ancestrais escaparam para a floresta, não levavam nada com eles. Aprenderam como sobreviver, quais plantas comer, como administrar suas necessidades de subsistência uma vez que chegaram à floresta. É toda nossa forma de vida.

(...)

120. Sobre este tema particular, a Corte argumentou previamente que a subsistência cultural e econômica dos povos indígenas e tribais e, portanto, de seus integrantes, depende do acesso e do uso dos recursos naturais de seu território “que estão relacionados com sua cultura e que

nele se encontram” e que o artigo 21 protege o direito a estes recursos naturais (pars. 85-96 supra). (grifos nossos)

Sobre o uso dos recursos naturais por terceiros, a sentença assim se reporta:

122. *Como foi mencionado anteriormente (pars. 85-96 supra), devido à conexão intrínseca entre os integrantes dos povos indígenas e tribais e seu território, para garantir sua sobrevivência é necessária a proteção do direito à propriedade sobre este território, de acordo com o artigo 21 da Convenção. Desse modo, o direito a usar e gozar do território careceria de sentido no contexto dos membros dos povos indígenas e tribais se este direito não estivesse conectado aos recursos naturais presentes dentro do território. Por essa razão, a reclamação pela titularidade das terras dos integrantes dos povos indígenas e tribais deriva da necessidade de garantir a segurança e a permanência do controle e uso dos recursos naturais, que por sua vez mantêm esse estilo de vida. Esta conexão entre o território e os recursos naturais necessários para sua sobrevivência física e cultural é exatamente o que é necessário proteger de acordo com o artigo 21 da Convenção, a fim de garan-*

tir aos membros dos povos indígenas e tribais o uso e gozo de sua propriedade. A partir desta análise, entende-se que os recursos naturais presentes nos territórios dos povos indígenas e tribais protegidos nos termos do artigo 21 são aqueles recursos naturais usados tradicionalmente e que são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo.

(...)

126. *O Estado parece reconhecer que os recursos relacionados com a subsistência do povo Saramaka incluem os recursos relacionados com as atividades agrícolas, de caça e de pesca. Isso é consistente com a análise anterior da Corte sobre como o artigo 21 da Convenção protege o direito dos membros do povo Saramaka em relação aos recursos naturais que são necessários para sua subsistência física (pars. 120-122 supra). Entretanto, ainda que seja certo que toda atividade de exploração ou de extração no território Saramaka poderia afetar, em maior ou menor grau, o uso e gozo de algum recurso natural utilizado tradicionalmente para a subsistência dos Saramaka, também é certo que não se deve interpretar o artigo 21 da Convenção de maneira que impeça o Estado de*

emitir qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais dentro do território Saramaka. A água limpa natural, por exemplo, é um recurso natural essencial para que os membros do povo Saramaka possam realizar algumas de suas atividades econômicas de subsistência, como a pesca. A Corte observa que este recurso natural será provavelmente afetado por atividades de extração relacionadas com outros recursos naturais que não são tradicionalmente utilizados ou essenciais para a subsistência do povo Saramaka e, portanto, de seus membros (par. 152 infra). De modo similar, as florestas dentro do território Saramaka proporcionam morada para os distintos animais que caçam para sobreviver, e é ali onde recolhem frutas e outros recursos essenciais para viver (pars. 82-83 supra e pars. 144-146 infra). Nesse sentido, as atividades das companhias madeireiras na floresta também poderiam afetar estes recursos de subsistência. Isto é, é muito provável que a extração de um recurso natural afete o uso e o gozo de outros recursos naturais necessários para a sobrevivência dos Saramaka. (grifos nossos)

(...)

C.1) Medidas de Satisfação e Garantias de Não Repetição

194. A fim de garantir a não repetição da violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à propriedade e à proteção judicial dos membros do povo Saramaka, o Estado deve realizar as seguintes medidas:

a) delimitar, demarcar e conceder o título coletivo do território dos membros do povo Saramaka, de acordo com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais. Até que não se realize esta delimitação, demarcação e concessão de título coletivo sobre o território Saramaka, o Suriname deve abster-se de realizar atos que possam estimular agentes do próprio Estado ou terceiros, atuando com consentimento ou tolerância do Estado, a agir com potencialidade de afetar a existência, valor, uso ou gozo do território ao qual têm direito os integrantes do povo Saramaka, a menos que o Estado obtenha o consentimento prévio, livre e informado deste povo. A respeito das concessões já outorgadas dentro do território tradicional Saramaka, o Estado deve revisá-las à luz da presente Sentença e da jurisprudência deste Tribunal, com o fim de avaliar se é necessária uma modificação dos direitos dos concessionários para preservar a sobrevivência do

povo Saramaka. O Estado deverá iniciar o processo de delimitação, demarcação e titulação do território tradicional Saramaka dentro do período de três meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, e deverá completar este processo dentro dos três anos posteriores a essa data;

b) conceder aos membros do povo Saramaka o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva correspondente à comunidade que eles integram, com o propósito de garantir o pleno exercício e gozo de seu direito à propriedade de caráter comunal, assim como o acesso à justiça enquanto comunidade, de acordo com seu direito consuetudinário e suas tradições. O Estado deverá cumprir esta medida de reparação dentro de um prazo razoável;

c) eliminar ou modificar as disposições legais que impeçam a proteção do direito à propriedade dos membros do povo Saramaka e adotar, em sua legislação interna e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, medidas legislativas ou de outra natureza necessárias a fim de reconhecer, proteger, garantir e fazer efetivo o direito de titularidade de direitos de forma coletiva sobre o território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram para o povo Saramaka, o que inclui as terras e os recursos naturais necessários para sua subsistência social, cultural e econômica, bem como

administrar, distribuir e controlar efetivamente este território, de acordo com seu direito consuetudinário e sistema de propriedade comunal, e sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais. O Estado deverá cumprir esta medida de reparação dentro de um prazo razoável;

(...)

C.2) Medidas de Indenização

198. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de danos material e imaterial e os pressupostos em que corresponde indenizá-los. Portanto, à luz deste critério, a Corte procederá a determinar se estas medidas de indenização pecuniária devem ser outorgadas no presente caso e, em caso de sê-lo, as somas a serem fixadas.

C.2. a) Dano Material

199. De acordo com a prova apresentada perante este Tribunal, foi extraída uma quantidade considerável de madeira valiosa do território do povo Saramaka sem antes consultá-los ou oferecer-lhes uma indenização (par. 153 supra). Ademais, a prova do caso indica que as concessões madeireiras outorgadas pelo Estado causaram grande dano à propriedade no território tradicionalmente ocupado e utilizado pelo povo Saramaka (pars. 150-

151 supra). Por estas razões, e com fundamento no conceito de equidade, a Corte fixa pelo dano material direto que estas atividades causaram a quantia de US\$ 75.000 (setenta e cinco mil dólares estadunidenses) em favor do povo Saramaka. Esta soma deverá ser acrescida ao fundo de desenvolvimento descrito abaixo (pars. 201-202).

C.2.b) Dano Imaterial

200. No capítulo anterior a Corte descreveu o dano ambiental e a destruição das terras e recursos utilizados tradicionalmente pelo povo Saramaka, bem como seu impacto sobre a propriedade deste povo, não apenas quanto aos recursos de subsistência, mas também em relação à conexão espiritual que o povo Saramaka tem com seu território (pars. 80-85 e 150-151 supra). Além disso, existe prova que indica o sofrimento e a angústia que o povo Saramaka atravessou como resultado de uma longa e contínua luta pelo reconhecimento legal de seu direito ao território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram durante séculos (pars. 64(a), 64(b), 64(c), 64(f), 64(h), 65(a), 65(b) e 65(f) supra), assim como a frustração a respeito do sistema jurídico interno que não os protege contra violações a este direito (pars. 178-185 supra). Tudo isso constitui uma depreciação de seus valores culturais e espirituais. A Corte

considera que o dano imaterial que estas alterações causaram no tecido da própria sociedade do povo Saramaka lhes dá o direito de obter uma justa indenização.

201. Por estas razões, a Corte ordena, em equidade, que o Estado designe a soma de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares estadunidenses) a um fundo de desenvolvimento comunitário criado e estabelecido em benefício dos membros do povo Saramaka em seu território tradicional. Este fundo terá como objetivo financiar projetos educativos, de habitação, agrícolas e sanitários, bem como proporcionar eletricidade e água potável, caso seja necessário, em benefício do povo Saramaka. O Estado deverá designar esta quantia para o estabelecimento deste fundo de desenvolvimento de acordo com o estabelecido no parágrafo 208 da presente Sentença. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

8.2.4. Suprema Corte dos Estados Unidos

8.2.5. Resumo do Caso *Lyng vs. Northwest Indian Cemetery Protective Association*

O Governo dos Estados Unidos pretendia construir uma estrada de 75 milhas entre duas pequenas cidades localizadas a noroeste do Estado da Califórnia: Gasquet e Orleans. Um trecho de 6 milhas passaria pela Floresta Nacional Six Rivers.

Em 1979, o Serviço Florestal dos Estados Unidos (US Forest Service) apresentou um estudo sobre os lugares sagrados para os indígenas no interior da Floresta Nacional Six Rivers. Constatou que a área, mais precisamente um lugar chamado Chimney Rock, é tradicionalmente usado para cerimônias religiosas pelas etnias Yurok, Karok e Tolowa:

The entire area 'is significant as an integral and indispensable part of Indian religious conceptualization and practice. Specific sites are used for certain rituals, and successful use of the area is dependent upon and facilitated by certain qualities of the physical environment, the most important of which are privacy, silence, and undisturbed natural setting.' The study concluded that constructing a road along any of the available routes 'would cause serious and irreparable damage to the sacred areas which

are an integral and necessary part of the belief systems and lifeway of Northwest California Indian peoples.' Accordingly, the report recommended that the G-O road not be completed.¹⁹

Em que pese a gravidade da situação, em 1982, o Serviço Florestal não acatou a recomendação, e determinou a realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), mesmo sendo apresentadas vias alternativas de traçado da estrada que, por atravessar propriedades privadas, não foram levadas em consideração. Ao mesmo tempo, o Serviço Florestal aprovou plano de manejo para exploração madeireira na área.

Um grupo de indígenas, organizações não-governamentais de defesa dos direitos indígenas e ambientais (entre as quais a *Northwest Indian Cemetery Protective Association*), bem como o Estado da Califórnia, ajuizaram ação contra a construção da estrada e a exploração madeireira por violação ao direito à liberdade religiosa, previsto na primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos.

A Corte Distrital do Noroeste da Califórnia impediou que a estrada fosse construída e que a madeira fosse explorada. Em apela-

19 GETCHES, David H, WILKINSON, Charles F., WILLIAMS, Robert A. Jr., FLETCHER, Matthew L. M., *Cases and materials on federal indian law*. West. Estados Unidos. 2011.

ção, a decisão foi mantida. O Serviço Florestal recorreu à Suprema Corte, através de petição subscrita por Richard E. Lyng, então Secretário de Agricultura dos Estados Unidos, em 1987.

8.2.6. Extratos da Decisão

A Suprema Corte, por maioria de 5 votos a 3, entendeu que a primeira emenda não foi violada, pois, nem a construção da estrada, nem a exploração madeireira, impediria o livre exercício religioso, já que os efeitos dessas ações governamentais podem até dificultar cultos religiosos, porém não possuem o condão de coagir os indivíduos contra suas convicções religiosas:

This does not and cannot imply the incidental effects of government programs, which may make it more difficult to practice certain religions but which have no tendency to coerce individuals into acting contrary to their religious beliefs, require government to bring forward a compelling justification for its otherwise lawful actions. The crucial word in the constitutional text is 'prohibit'. For the Free Exercise Clause is written in terms of what the government cannot do to the individual, not in terms of what the individual can exact from the govern-

ment'. Sherbert [v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)], at 412 (Douglas, J., concurring)."²⁰

Porém, o que fez célebre o *leading case* foi o voto vencido. Ele partiu da visão religiosa dos próprios indígenas para demonstrar que a religião está interligada com seu próprio modo de viver, e não é tratado como algo separado. Ao se separar esses aspectos, força-se os indígenas a entrar em conceitos não-indígenas:

For at least 200 years and probably much longer, the Yurok, Karok, and Tolowa Indiana have held sacred an approximately 25—square-mile area of land situated in what is today the Blue Creek Unit of Six Rivers Nacional Forest in northwestern California. As the Government readily concedes, regular visits to this area, known to respondent Indians as the "high country", have played and continue to play a "critical" role in the religious practices and rituals of these Tribes. Those beliefs, only briefly described in the Court's opinion, are crucial to a proper understanding of respondents' claims.

As the Forest Service's commissioned study, the Theodoratus Report, explains, for Native Americans religion is not a discre-

20 Idem, p. 731.

te sphere of activity separate from all others, and any attempt to isolate the religious aspects of Indian life "is in reality an exercise which forces Indian concepts into non-Indian categories." (...). Thus, for most Native Americans, "[t]he área of worship cannot be delineated from social, political, cultur[al], and other áreas o[f] Indian lifestyle." *American Indian Religious Freedom, Hearings on S.J.Res. 102.*²¹

O voto também fez comparações com as religiões ocidentais ao mostrar que, para estas, a *Criação* é realização da divindade; enquanto que para os indígenas a *Criação* ainda está em curso, obrigando-os, moralmente e religiosamente, a participar, através de cerimônias e rituais como fito de preservar e estabilizar a Terra, e proteger a humanidade de doenças e catástrofes. A impossibilidade de culto em lugares específicos acarreta imenso dano ao planeta e às pessoas.

Before the Senate Select Committee on Indian Affairs, 95th Cong., 2d Sess., 86 (1978) (statement of Barney Old Coyote, Crow Tribe). A pervasive feature of this lifestyle is the individual's relationship with the natural world; this relationship, which can accurately though somewhat incompletely be cha-

21 Idem, p. 734.

racterized as one of stewardship, forms the core of what might be called, for want of a better nomenclature, the Indian religious experience. While traditional Western religions view creation as the work of a deity "who institutes natural laws which then govern the operation of physical nature", tribal religions regard creation as an ongoing process in which they are morally and religiously obligated to participate. U. S. Federal Agencies Task Force, American Indian Religious Freedom Act Report 11 (1979) (Task Force Report). Native Americans fulfill this duty through ceremonies and rituals designed to preserve and stabilize the earth and to protect humankind from disease and other catastrophes. Failure to conduct these ceremonies in the manner and place specified, adherents believe, will result in great harm to the earth and to the people whose welfare depends upon it.

O voto explicita que, ao contrário das religiões ocidentais, as religiões indígenas, de um modo geral, não estão ligadas a dogmas, e sim ao uso da terra. Portanto, um lugar específico natural deriva da compreensão de que ele é um ser vivo, sagrado, único e com propriedades espirituais:

*In marked contrast to traditional Western religions, the belief systems of Native Americans do not rely on doctrines, creeds, or dogmas. Established or universal truths – the mainstay of Western religions – play no part in Indian faith. Ceremonies are communal efforts undertaken for specific purposes in accordance with instructions handed down from generation to generation. Commentaries on or interpretations of the rituals themselves are deemed absolute violations of the ceremonies, whose value lies not in their ability to explain the natural world or to enlighten individual believers but in their efficacy as protectors and enhancers of tribal existence. Where dogma lies at the heart of Western religions, Native American faith is inextricably bound to the use of land. The site-specific nature of Indian religious practice derives from the Native American perception that land is itself a sacred, living being. See Suagee, American Indian Religious Freedom and Cultural Resources Management: Protecting Mother Earth's Caretakers, 10 Am.Ind.L.-Rev. 1, 10 (1982). Rituals are performed in prescribed locations not merely as a matter of traditional orthodoxy, but because land, like all other living things, is unique, and specific sites possess different spiritual properties and significance. Within this belief system, therefore, land is not fungible; indeed, at the time of the Spanish colonization of the Americans South-west, “all *** Indians held in some form a belief in a sacred and in-*

dissoluble bond between themselves and the land in which their settlements were located.” E. Spicer, Cycles of Coquest: The Impact of Spain, Mexico, and the United States on the Indians of the Southwest, 1533-1960, p. 576 (1962).²²

O voto ainda demonstra que a área em litígio, na cosmologia indígena, é onde espíritos pré-humanos chegaram com os humanos na Terra. Ou seja, é a fonte do poder de cura, o que esclarece o porquê das frequentes peregrinações a essa área:

For respondent Indians, the most sacred of lands is the high country where, they believe, prehuman spirits moved with the coming of humans to the Earth. Because these spirits are seen as the source of religious power, or “medicine”, many of the tribes’ rituals and practices require frequent journeys to the area.²³

22 Idem, p. 735.

23 Idem, 735/736.

A partir dessa compreensão, o voto afirma que as ações governamentais findam por impor um fardo que impede o exercício da religião, contrariando a primeira emenda à Constituição.

Today, the Court holds that a federal land-use decision that promises to destroy an entire religion does not burden the practice of that faith in a manner recognized by the Free Exercise Clause. Having thus stripped respondents and all other Native Americans of any constitutional protection against perhaps the most serious threat to their age-old religious practices, and indeed to their entire way of life, the Court assures us that nothing in its decision "should be read to encourage governmental insensitivity to the religious needs of any citizen." I find it difficult, however, to imagine conduct more insensitive to religious needs than the Government's determination to build a marginally useful road in the face of uncontradicted evidence that the road will render the practice of respondents' religion impossible. Nor do I believe that respondents will derive any solace from the knowledge that although the practice of their religion will become "more difficult" as a result of the Government's actions, they remain free to maintain their religious beliefs. Given today's ruling, that freedom amounts to nothing more than the right to believe that their religion will be destroyed. The safeguarding of such a hollow freedom not only makes

a mockery of the “ ‘policy of the United States to protect and preserve for American Indians their inherent right of freedom to believe, express, and exercise the[ir] traditional religions,’ ” (quoting AIRFA), it fails utterly to accord with the dictates of the First Amendment.

*I dissent.*²⁴

A repercussão do caso foi de tal maneira que o Congresso Americano, em 1990, determinou a inclusão da área na Lei de Proteção da Vida Selvagem (*Wildness Act*), impedindo sua modificação. E mais. Determinou aos órgãos públicos federais obrigatoriedade de consulta prévia aos indígenas cada vez que ações governamentais ameaçassem sítios históricos, através de uma emenda à Lei de Preservação do Patrimônio Histórico Nacional (*National Historic Preservation Act*). Por fim, em 1996, foi decretada uma ordem executiva, determinando livre acesso dos indígenas aos seus lugares sagrados em terras federais (*President Bill Clinton’s Executive Order 13.007/1996*).

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

24 Idem, p.736/737.

9. Inadequação de Mandado de Segurança para Tratar de Demarcação de Terra Indígena

“GOSTARIA QUE OS BRANCOS PARASSEM DE PENSAR QUE NOSSA FLORESTA É MORTA E QUE ELA FOI POSTA LÁ À TOA. QUERO FAZÊ-LOS ESCUTAR A VOZ DOS XAPIRI, QUE ALI BRINCAM SEM PARAR, DANÇANDO SOBRE SEUS ESPÉLHOS RESPLANDESCENTES. QUEM SABE ASSIM ELES QUEIRAM DEFENDÊ-LA CONOSCO. QUERO TAMBÉM QUE OS FILHOS E FILHAS DELES ENTENDAM NOSSAS PALAVRAS E FIQUEM AMIGOS DOS NOSSOS, PARA QUE NÃO CRESÇAM NA IGNORÂNCIA.”

DAVI KOPENAWA

(POVO YANOMAMI/RR)

9.1. Jurisprudência Nacional

9.1.1. Resumo do Caso

A Terra Indígena Arroio Korá/MS foi homologada em 2009, destinando-se à posse permanente dos povos indígenas Guarani Kaiowá e Guarani Ñandeva. Contra o Decreto de homologação, alguns fazendeiros da região impetraram mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF), alegando tratar-se de ato ilegal. Houve, liminarmente, a suspensão da homologação de partes da terra indígena que incidiam sobre as Fazendas Polegar, São Judas Tadeu, Porto Domingos, Potreiro-Corá e Iporã.

Quando do julgamento do mérito, porém, o STF declarou que mandado de segurança não pode ser concedido com base em “ilações”, o que, no caso em questão, corresponderia à possibilidade teórica e eventual de acolhimento da ação declaratória ainda em curso no primeiro grau de jurisdição. Asseverou a inadequação da via mandamental por não comportar a dilação probatória necessária para dirimir a controvérsia atinente ao domínio das terras abrangidas pelo ato homologatório.

9.1.2. Extratos da Decisão²⁵

MANDADO DE SEGURANÇA – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – DIREITO DE PROPRIEDADE – DILAÇÃO PROBATÓRIA – INADEQUAÇÃO – PETIÇÃO INICIAL – INDEFERIMENTO.

(MS 28541, Ministro Marco Aurélio, STF, e-DJF1 DATA: 13.3.2018)

Maxionildo Machado Dias e Hayde Castelani Dias insurgem-se contra Decreto não numerado de 21 de dezembro de 2009, por meio do qual o Presidente da República homologou a demarcação administrativa da Terra Indígena Arroio-Korá, localizada no Município de Paranhos/MS. Pedem a suspensão dos efeitos do ato até o julgamento definitivo da ação declaratória de domínio nº 2007.60.05.001033-0, em trâmite na Justiça Federal de Ponta Porã, Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul.

Consoante narram, são, há décadas, os proprietários da Fazenda Iporã, imóvel incluído na área delimitada, dizendo utilizá-la

25 Decisões tomadas com base no art. 205, do Regimento Interno do STF: “Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido.”

para fins agropecuários. Asseveram que o Decreto foi editado enquanto o referido processo ainda tramitava, apontando afronta ao princípio da inafastabilidade da apreciação judicial. Aduzem vício de competência, frisando ser do Congresso Nacional a legitimidade para demarcação de terras indígenas.

(...)

2. Surge a inadequação da via mandamental, por não comportar a dilação probatória necessária para dirimir a controvérsia atinente ao domínio das terras abrangidas pelo ato homologatório. As outras causas de pedir veiculadas, relativas à inafastabilidade da jurisdição e ao devido processo, ultrapassam as balizas da demanda, definidas pelo pedido, uma vez ter-se processo subjetivo.

3. Indefiro a inicial, observado o disposto nos artigos 10 da Lei nº 12.016/2009 e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ressalvando aos impetrantes a via ordinária para discutir a abrangência da demarcação.

4. Afasto a liminar anteriormente implementada e declaro o prejuízo dos agravos formalizados. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da decisão](#)

9.1.3. Decisões Correlatas

*Mandado de segurança. Ato Da presidência da República. Homologação de demarcação da Terra Indígena Arroio-Korá, no Mato Grosso do Sul. Existência de ação declaratória no juízo federal. Litispendência. Alegação de violação da inafastabilidade de jurisdição insubstancial. Ausência de provimento liminar em primeiro grau. Competência do Poder Executivo para ultimar a demarcação de terras indígenas. Ausência de violação da ampla defesa. Constitucionalidade do Decreto nº 1.775/96. Exercício de defesa administrativa pelos impetrantes, no caso concreto. Contraposição entre títulos de domínio e presença indígena. Laudo antropológico atestando a presença indígena na região, ainda que sob influxo de atos de terceiros visando à expulsão dos índios. **Matéria de fato insusceptível de deslinde em mandado de segurança.** Ordem denegada, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte (art. 205 do RISTF). (STF. Relatora Ministra Rosa Weber. DJe 19.10.2017) (grifos nossos)*

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Como consignado no MS 30.531/DF, Rel. Min. Cármel Lúcia, “a natureza subjetiva e a celeridade preconizada no rito do mandado de segurança não se coadunam com os procedimentos de intervenção de terceiros (...) sendo certo, ainda, que a Lei n. 12.016/2009 não prevê a assistência ou a figura do amicus curiae em mandado de segurança”.

II – O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do mandamus . Precedentes.

III – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela

Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ag Reg no MS 27939. Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 1.9.2014. TI Ivy Katu/Porto Lindo). (grifos nossos)

“Postulam as impetrantes, com o ajuizamento deste mandamus, a declaração de nulidade da Portaria nº 1.140 do Ministério da Justiça que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká terras que seriam de sua propriedade e também autorizou a respectiva demarcação administrativa.

(...)

A partir da análise dos fundamentos do recurso, verifico que a decisão impugnada não merece reforma, visto que as recorrentes não aduzem novos argumentos capazes de afastar as razões nela expandidas.

Com efeito, a questão relativa à demarcação de terras indígenas envolve diversos problemas de índole fática como a extensão das terras; a firmeza dos títulos dominiais; a cadeia sucessória dos títulos e outros aspectos de idêntica relevância. Em tudo e por tudo, bem se vê, que existe um forte elemento fático-probatório, que ultrapassa os limites estreitos do mandado de segurança, ação documental por excelência.

Demais disso, como bem ressaltado pelo Ministro João Otávio de Noronha, em consonância com o parecer do Ministério Público Federal, as impetrantes não juntaram documentos comprobatórios sequer da cadeia dominial particular do imóvel, adquirido pelos impetrantes por meio de leilão. Contudo, segundo anotou o Ministério Público Federal, “[n]ão se sabe quem realizou o leilão, a data em que foi realizado, se as áreas foram transferidas com ou sem restrições, desde quando as impetrantes encontram-se na posse dos imóveis, se tinham ou não conhecimento de que se cuida de terras indígenas” (fl. 580).

Essa circunstância, por si só, já seria persuasiva da própria extinção do writ, pois, como se sabe, o mandado de segurança não admite dilação probatória, por isso a necessidade de haver prova inequívoca do alegado pelos impetrantes.”
(RMS 29852. Relator Ministro Dias Toffoli. DJe 24.5.2012.

Grupos indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká). (grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do mandamus. Precedentes.

II – O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria – Lei

6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 –, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

III – Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI.

IV – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”.

V – Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ag Reg no MS 31100. Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 13.8.2014. TI Jatayvary). (grifos nossos)

“Requerem a concessão de liminar, para “que a Exma. Sra. Presidente da República se abstenha de homologar a demarcação da ampliação da Reserva Indígena TI Jaraguá aprovada pela Portaria nº 581/2015 – MJ”.

É o relato do necessário. Decido.

O poder de cautela, inherente ao ato de julgar, consiste em “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798, segunda parte, do CPC).

O provimento cautelar está previsto também na lei que disciplina o mandado de segurança, podendo ser deferido “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida” (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).

*Assim, a concessão da medida cautelar está condicionada à verificação da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* – plausibilidade jurídica do direito subjetivo alegado – e do *periculum in mora* – fundado receio de consumação de lesão irreparável ao direito do postulante.*

No tocante à presença de *periculum in mora*, o impetrante aponta a iminência de edição do decreto expropriatório pela Presidenta da República, tendo pleiteado ordem liminar para que se abstenha de praticar tal ato.

Ressalto que, por se tratar de mandado de segurança preventivo, o objeto do pedido cautelar confunde-se com a concessão da ordem final.

Essa circunstância, aliada à possibilidade de transmutação do mandado de segurança preventivo em repressivo – com reapreciação liminar da matéria caso alterada a moldura fático-jurídica subjacente à ação antes de concluída a instrução do processo para julgamento definitivo da lide – justifica o indeferimento de providência liminar, devendo-se aguardar o regular processamento da ação, no bojo da qual serão colhidas as informações e o parecer do Procurador-Geral da República, elementos que permitirão o exame mais judicioso das circunstâncias do caso.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.” (MC no MS 33821. Relator Ministro Dias Toffoli. Dje 1.2.2016. TI Jara-guá) (grifos nossos)

"Cuida-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por OSNILDO OSMAR SILVEIRA e ADEMIR PIAZERA em face da PRESIDENTA DA REPÚBLICA, com o objetivo de impedir a expedição de decreto homologatório de demarcação da "Terra Indígena Morro dos Cavalos", a qual abrange, dentre outras, suas propriedades identificadas no Cartório de Registro de Imóveis de Palhoça pelas matrículas nºs 9.116 e 6.577, respectivamente.

(...)

Assim, a concessão da medida cautelar está condicionada à verificação da presença dos requisitos do fumus boni iuris – plausibilidade jurídica do direito subjetivo alegado – e do periculum in mora – fundado receio de consumação de lesão irreparável ao direito do postulante.

No tocante à presença de periculum in mora, o impetrante aponta a iminência de edição do decreto expropriatório pela Presidenta da República, tendo pleiteado ordem liminar para que se abstenha de praticar tal ato.

Ressalto que, por se tratar de mandado de segurança preventivo, o objeto do pedido cautelar confunde-se com a concessão da ordem final.

Essa circunstância, aliada à possibilidade de transmutação do mandado de segurança preventivo em repressivo – com reapreciação liminar da matéria caso alterada a moldura fático-jurídica subjacente à ação antes de concluída a instrução do processo para julgamento definitivo da lide - justifica o indeferimento de providência liminar, devendo-se aguardar o regular processamento da ação, no bojo da qual serão colhidas as informações e o parecer do Procurador-Geral da República, elementos que permitirão o exame mais judicioso das circunstâncias do caso.”

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. (MC no MS 32709. Relator Ministro Dias Toffoli. DJe 18.2.2014. TI Morro dos Cavalos) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO

EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. RECURSO INTERNO DESPROVIDO.

1. A verificação da posse indígena em processo de demarcação de terras exige dilação probatória, o que não é admitido em sede de mandado de segurança. Precedentes: RMS 27.255 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11/12/2015; MS 31.245 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 04/09/2015, e MS 25.483, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/09/2007.

2. In casu, a pretensão da recorrente de “obter a suspensão da portaria ministerial para assegurar a efetividade de futura ação de conhecimento que pretende propor em primeiro grau de jurisdição com o fim de demonstrar a impossibilidade de demarcação da área como terra indígena” evidencia a necessidade de ampla cognição quanto aos complexos fatores subjacentes ao caso.

3. Agravo interno DESPROVIDO por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 2 (dois) salários mínimos, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unânime (CPC/2015, art. 1.021, §§ 4º e 5º, c/c art. 81, § 2º).

(*RMS 35062 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 28-11-2018 PUBLIC 29-11-2018*)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

10. Inadequação de Recurso Extraordinário para Tratar de Matéria Fática

“[...] A MAIORIA, NO ENTANTO, REPETIA A VISÃO ESTEREOTIPADA E EXCLUDENTE, FAZENDO OS LEITORES ACREDITAR QUE OS POVOS INDÍGENAS ERAM COISA DO PASSADO. EU TINHA QUE PROCURAR REVERTER ESSE QUADRO. NÃO ERA JUSTO QUE NOSSOS POVOS FIGURASSEM COMO FOLCLORE NAS PRATELEIRAS, COMO SE FOSSEM PERSONAGENS DE UM PASSADO QUE NÃO EXISTIA MAIS.”

DANIEL MUNDURUKU

(POVO MUNDURUKU/PA)

10.1. Jurisprudência Nacional

10.1.1. Resumo do Caso

Na década de 1960, o Estado do Mato Grosso concedeu diversos títulos de propriedade que incidiam sobre terras tradicionalmente ocupadas por indígenas em favor de particulares. Após longo processo, os casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Em um dos casos, o título de propriedade incidia sobre área de ocupação tradicional do povo indígena Xavante. O STF sedimentou o seu posicionamento no verbete da Súmula nº 279: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

10.1.2. Extratos do Acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO. Havendo interposição de recurso sob a regência do Código de Processo

Civil de 2015, cabível é a fixação de honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11, do diploma legal.

AGRADO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agrado é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, armando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

(Agrado Regimental no ARE 1.024.482/MT. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 9.8.2017)

O voto condutor pontuou o seguinte teor:

O deslinde da controvérsia ocorreu à luz dos fatos e das provas. O Tribunal concluiu que a terra em questão era e continua sendo habitada por indígenas, e, em razão da inexistência de benfeitorias, descabe falar em indenização. Nesse sentido, o reexame do acervo probatório não enseja, conforme sedimentado pela jurisprudência, o acesso ao Supremo. Está-se diante de caso cujo desfecho fica no âmbito do próprio Tribunal de Justiça.

Saliente ter o agravante ficado vencido quando da apreciação do pedido inicial pelo Juízo. Houve o segundo cri-

vo desfavorável na análise do recurso pelo Tribunal. Interposto o extraordinário, a este foi negado seguimento. Insistiu mediante agravo, por mim desprovido. Mesmo com decisão proferida pelo Supremo, ainda que no âmbito individual, busca o quinto julgamento por meio deste agravo interno. A sequência revela a automaticidade na protocolação de recursos em prejuízo da sociedade, dos jurisdicionados. (grifos nossos)

(...)

Conheço do agravo interno e o desprovejo. Em face da formalização deste agravo sob a regência do Código de Processo Civil de 2015, imponho ao agravante, nos termos do artigo 1.021, § 4º, a multa de 5% sobre o valor da causa devidamente corrigido, a reverter em benefício da agravada. Considerada a fixação, pelo Juízo, dos honorários advocatícios em R\$ 3.000,00, majoro os honorários recursais no patamar de R\$ 1.500,00 consoante o artigo 85, § 11, do citado diploma legal.” (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da decisão](#)

10.1.3. Decisões Correlatas

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRA INDÍGENA DO RIO AMÔNEA. REGIÃO DO ALTO JURUÁ. ÍNDIOS ASHANINKAS. INVASÃO CONSTANTE DE BRASILEIROS E PERUANOS PARA A EXTRAÇÃO CRIMINOSA DE MADEIRA DA FLORESTA. OMISSÃO ESTATAL DEVIDAMENTE CONFIGURADA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE INSTALAÇÃO DE POSTOS PERMANENTES DA POLÍCIA FEDERAL, DA FUNAI E DO IBAMA NAS PROXIMIDADES DA TERRA INDÍGENA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO.

(ARE 947.270/AC. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 19.5.2017.
TI Ashaninka do Rio Amônea)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO INDÍGENA.

ALEGAÇÃO DA FUNAI DE SE TRATAR DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELO ÍNDIOS. CONTROVÉRSIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 748.371. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO.

(RE 1.068.619;RS. Relator Ministro Luiz Fuz. DJe 30.8.2017)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso interposto por terceiro, que não demonstrou interesse jurídico na reforma da decisão. Não conhecimento. 3. Direito Processual Civil. 4. Legitimidade ativa. Substituição processual. Federação estadual. Impossibilidade. 5. Necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 279. Pre-

cedentes. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*Ag Reg no RE 1.038.986/MS. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 8.11.2017*)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TERRA INDÍGENA DO CANTAGALO – RS. DEMARCAÇÃO. CRITÉRIOS DEFINIDOS NO JULGAMENTO DA PET 3.388. CONTROVÉRSIA QUANTO À CONTINUIDADE DE OCUPAÇÃO DA TERRA PELOS SILVÍCOLAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO – PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIAS COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 748.371. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES PROTELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(Ag Reg no RE 1.067.542.RS. Primeira Turma. Ministro Relator Luiz Fux, DJe 27.9.2018. TI do Cantagalo)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

11. Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada

*“DESENVOLVIMENTO PARA MIM É TER ÁGUA LIMPA E FLORESTA
PROTEGIDA. ASSIM, VÃO BEM VIVER MEUS FILHOS, NETOS...”*

CACIQUE-GERAL ARNALDO KABÁ MUNDURUKU

(POVO MUNDURUKU/PA)

11.1. Jurisprudência Nacional

11.1.1. Resumo do Caso

A Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte foi construída na Volta Grande do Xingu/PA. A área escolhida é um trecho de 100 km do rio Xingu, onde se localizam três terras indígenas – Paquiçamba (povo Juruna ou Yudjá), Arara da Volta Grande (povo Arara do Maia), e Ituna/Itatá (indígenas isolados) –, além de abrigar milhares de ribeirinhos. Nessa região, parte do rio foi desviado, ficando com sua vazão reduzida, o que levará à extinção de espécies da flora e da fauna, sobretudo alguns peixes endêmicos como o acari zebra.²⁶

Apesar do impacto sobre a população, o Governo federal não respeitou o direito à consulta prévia, livre e informada da população indígenas e dos ribeirinhos. Alegou que as audiências públicas do processo de licenciamento e reuniões em algumas comunidades locais supririam a falta de consulta prévia. Argumentou também que houve a autorização do Congresso Nacional, nos termos

26 Para melhor compreensão dos danos de UHE Belo Monte sobre a Volta Grande do Xingu, ver vídeo produzido pela AYMIX, Instituto Socioambiental (ISA) e Universidade Federal do Pará (UFPA):
<https://www.youtube.com/watch?v=fh1mwIwOzLw>. Acesso em 16.Nov.2018.

do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, embora não tenha havido a oitiva de nenhuma comunidade afetada.²⁷

Diante desse quadro, o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma ação civil pública, exigindo a suspensão do licenciamento enquanto não se realizasse a consulta prévia. Em memorável acórdão, o Tribunal Regional Federal – 1ª Região (TRF-1) determinou a suspensão do licenciamento e estabeleceu as características da consulta prévia, que não se confundem com as da audiência pública ambiental.²⁸

27 Ao tempo da propositura da ação e de seu julgamento, não havia distinção doutrinária entre consulta prévia e oitiva constitucional. Sobre o tema, ver PONTES JR., Felício e OLIVEIRA, Rodrigo. *Audiência Pública, Oitiva Constitucional e Consulta Prévia: limites e aproximações*. IN Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais/Organizadora: Deborah Duprat. - Brasília: ESMPU, 2015, pp. 79/116; e ROJAS GARZÓN, Biviany, YAMADA, Érica M., OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à consulta e ao consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São paulo, Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washignton DC, Due process of Law Fondation, 2016.

28 O Acórdão, lavrado em sede de embargos de declaração, não foi cumprido em razão do intenso uso de Suspensão de Segurança, instituto que não aprecia o mérito da causa.

11.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO n.. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO n.. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

[...]

II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza socioambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, enraizado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas,

também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as co-

munidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: "Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis

de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles mo-

*ram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.*4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. **Artigo 13** 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; **Artigo 15** 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, admi-

nistração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

V – Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos mem-

bros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF – Rel. Ministro Celso de Mello – julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, *inter plures*).

VI - *Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse*

contexto de irregularidade procedural (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viçada, em termos materiais, à míngua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a

disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC n. 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com res-

ponsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza ma-

terial e imaterial (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No

caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI- Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubstinentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo n.. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e

2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção n.. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração e, reexaminando o recurso de apelação interposto, deu-lhe parcial provimento. (ACÓRDÃO 00007098820064013903, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:27/08/2012 PAGINA:316.) (grifos nossos)

O voto condutor assim se reportou ao tema da consulta prévia:

A discussão que se travou em torno da suposta inobservância de dispositivos da Convenção 169-OIT, e que se constitui num dos fundamentos em que o douto Ministério Público Federal sustenta a sua pretensão, qual seja, a de “que o processo legis-

lativo que deu origem ao Decreto Legislativo 788/2005 tem víncios de ordem material, pois não consultou as comunidades indígenas afetadas (arts. 170, VI e art. 231, §3º, da CF/88 e art 6º, 1, a, da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 143/2002”, restou examinada, pela Relatora²⁹, com estas letras:

“(...)

Delegação de competência do Congresso Nacional para oitiva dos índios

Esta questão não restou superada pelo passar do tempo, conforme se comprova pela retrospectiva acima apresentada.

De fato, a oitiva das comunidades indígenas pelo Poder Executivo não se configura em matéria passível de delegação, sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional.

Os povos indígenas que serão direta ou indiretamente atingidos pela construção da UHE não foram ouvidos.

29 O Relator, Des. Federal Souza Prudente, refere-se ao voto vencido da Des.^a Federal Selene Maria de Almeida, lavrado quando do julgamento da apelação.

Esta Quinta Turma já teve oportunidade de apreciar o caso dos Parakanã que foram desalojados de suas terras para a construção de Tucuruí. Os Parakanã foram remanejados duas vezes porque não se adaptaram às novas condições e porque foram hostilizados por diferente comunidade indígena onde foram alocados.

Os povos indígenas e as populações ribeirinhas precisam de floresta para viver e a barragem lhes trará dificuldades. A consulta aos grupos é requisito constitucional para qualquer empreendimento de exploração de recursos hídricos e de riqueza mineral.

Em resumo, a inundação hoje sazonal, será constante nos igarapés Altamira e Ambé, que corta Altamira e parte da área rural de Vitória do Xingu. Haverá interrupção do transporte fluvial, único meio de locomoção das populações ribeirinhas e indígenas. Há que se fazer o deslocamento de centenas de famílias que atualmente vivem em situações miseráveis na periferia de Altamira; 800 famílias da área rural de Vitória do Xingu e de 400 famílias ribeirinhas.

A situação dessas pessoas todas tem que ser considerada, inclusive os não índios. Indaga-se se as famílias que

vivem em Altamira e os ribeirinhos que não possuem título de terra serão indenizados? Se não forem, qual será o seu destino?

Estima-se hoje que um milhão de pessoas foram desalojados em razão da construção de barragens, sendo que milhares não foram indenizadas por não terem título de propriedade.

As pessoas que vivem na área urbana poderão receber uma pequena indenização e tentarem a vida em outro município. Não é o que se passa com os ribeirinhos. Eles formam o que a antropologia chama de sociedade tradicional. Não são índios, mas também não são urbanos e não estão integrados a sociedade nacional. Não conseguirão, se deslocados, adaptarem-se em novas comunidades urbanas. Deixarem o seu modus vivendi é mais que um desterro.

É preciso um olhar atento a este tipo de indivíduos e sua ligação simbiótica com a natureza.

(...)

A competência exclusiva do Congresso Nacional para a oitiva das comunidades indígenas

A luta pelas terras indígenas e de suas riquezas naturais é o cerne da questão indígena sobre a qual há quinhentos anos se debruçam os juristas.

A história da ocupação das áreas indígenas que se desenrolou nos séculos XVI e XVII se repete nas frentes de desenvolvimento da sociedade nacional quando avança sobre os últimos redutos silvícolas.

O que mudou foi o método de atração; as motivações de exploração capitalista e as consequências para as populações tribais continuam as mesmas. Ainda hoje, a sociedade nacional só tem a oferecer ao índio, em condição de isolamento, doença, fome e desengano. A atração, por isso, não interessa ao indígena, mas à sociedade nacional, que, sem explorar convenientemente o território já conquistado, procura novas áreas de expansão, para atividades mineradoras, extrativistas, madeireiras e agropecuárias.

As terras indígenas – solo e subsolo – são disputadas por agropecuaristas, cacauicultores, garimpeiros, minadoras, pequenos e grandes agricultores.

A abundante legislação protecionista desde o Brasil Colônia aliada à legislação imperial e depois a republicana não impediram o genocídio.

Inúmeros povos indígenas desaparecem das Américas em razão do morticínio resultante do encontro dos europeus com os aborígenes do Novo Mundo. Não existiu uma política deliberada de extermínio dos povos indígenas pelos povos ibéricos, mas o chamado capitalismo mercantil logrou o resultado de reduzir milhões em 1500 a alguns milhares.

Lembremo-nos que em 1570 Lisboa proíbe a escravidão indígena, exceto nos casos de “guerra justa”. Segundo a legislação portuguesa e espanhola haveria guerra justa se (a) declarada por princípio legítimo ou seu representante; (b) houvesse motivo nobre e (c) não houvesse ganhos materiais.

A guerra era justa porque travada contra selvagens, primitivos, bárbaros e pagãos. A questão jurídica nunca foi pacífica e a Coroa portuguesa sempre oscilou entre a guerra justa e a proibição de escravização dos índios. Em 1808 D. João VI voltou a instituir a “guerra justa”

de extermínio de tribos “inimigas”, justificando a ocupação de território indígena.

O caso dos autos é um capítulo desse conflito de interesses da sociedade nacional e das comunidades indígenas que desejam apenas sobreviver e não é mais possível se invocar os princípios da “guerra justa” para a defesa unilateral de algumas pretensões apenas. Hoje os princípios de antanho vêm camuflados com outros argumentos a justificar o pretenso direito de uns progredirem, desenvolverem-se e se enriquecerem às custas do perecimento do outro.

Tem-se conhecimento que empreendimentos para a exploração de recursos hídricos, independentemente do tamanho, provocam mutações nas pressões pela ocupação das terras indígenas e alterações do quadro social da microrregião onde se localizará a construção. Tal se passou com os Parakamã, no Pará (UHE Tucuruí), os Cinta Larga, em Mato Grosso (UHE Juína), com os Waimiri Atroari, no Amazonas (UHE Balbina), com os Ava-Candino (UHE Serra da Mesa), os Macuxi (UHE Contigo) em Roraima.

Há que se buscar uma solução que harmonize o desenvolvimento sócio-econômico com a preservação das comunidades indígenas e a proteção ao meio ambiente, dentro do princípio constitucional do desenvolvimento sustentado (CF, art. 225).

Desde os tempos da guerra justa autorizada em 1570 por Portugal, até os dias de hoje, a questão legal da terra indígena tem sofrido mutações. É o que veremos a seguir.

A Constituição da República vigente garante aos índios o direito exclusivo ao usufruto das riquezas do solo, rios e lagos existentes nas terras tradicionalmente por eles ocupadas (§ 2º do art. 231). Foi atribuído ao Congresso Nacional o poder de autorizar a concessão para aproveitamento de recursos hídricos, incluindo os potenciais energéticos.

A questão jurídica controvertida nesse tópico diz respeito se o Congresso Nacional pode delegar a oitiva das comunidades indígenas afetadas. A Constituição não oferece uma resposta conclusiva. É preciso examinar-se a questão em conformidade com os princípios que regem a defesa das comunidades indígenas.

A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/88 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu modus vivendi”.

Transcrevo, a respeito, trecho do bem lançado parecer do MPF:

“Com efeito, a doutrina não encampa a tese das apeladas no sentido de que a consulta aos índios não condiciona a decisão acerca do aproveitamento dos recursos hídricos em comento, consoante explanado no seguinte trecho da obra “Direito Indigenista Brasileiro”, de autoria de Luiz Felipe Bruno Lobo, verbis:

‘Não há dúvidas, também, de que esta disposição foi insculpida na Lei Maior com o objetivo de impedir que as comunidades indígenas, seduzidas por propostas ardilosas, terminassem por efetuar acordos prejudiciais a si mesmas, daí a necessidade de autoriza-

zação do Poder Legislativo imposta pelo legislador. Mas não para aí o raciocínio dos que confeccionaram nossa Carta Magna, cientes de que o Congresso está sujeito a correntes políticas as mais variadas, condicionaram tal aprovação à oitiva das comunidades tribais afetadas. Nesse sentido, ouvir simplesmente não condiciona a decisão. Para nós é óbvio que a decisão de aprovar está condicionada à anuência dos indígenas afetados, sob pena de tornar letra morta a Exigência Legal Maior. De nada valeria a oitiva das comunidades e decidir contra sua vontade, pois suas vozes perder-se-iam nas galerias do Senado e da Câmara Federal. Nossa opinião é de que ouvir significa obter a concorrência, que por sua vez deve ser expressa para não restar dúvidas de que assim foi manifestada. Esta é a melhor forma de interpretar o dispositivo constitucional, pois é a que mais compatibiliza com as Garantias Magnas Indigenistas.³⁰

30 Direito Indigenista Brasileiro – São Paulo: LTr, 1996, pg. 57.

.....

Nesse sentido, confira-se o decisum prolatado nos autos do AG 2001.01.000.306075, no qual o ilustre Relator ALEXANDRE MACHADO VASCONCELOS pontifica que ‘O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.’ ” (fls. 1.101/2)

A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à FUNAI a qual poderá emitir parecer sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é intuitu personae.

Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de ouvir a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos.

A audiência às comunidades faz-se na área que será afetada. Uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região. Esta é a coisa certa a se fazer.

(...)

A consulta prévia segundo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

Invoca o Ministério Público Federal, ora apelante, o descumprimento por parte do Estado brasileiro, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada em 1989, durante sua 76^a Conferência. A referida Convenção é o instrumento internacional mais antigo que cuida em particular dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. É também o principal instrumento internacional destinado a proteger os direitos dos povos indígenas e tribais eis que lhes garante decidir sobre suas prioridades em relação ao processo de desenvolvimento nos países onde estão localizados.

Ao adotar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, a 76^a Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, junho de 1989) observou que em muitos lugares do mundo esses povos não usufruían dos mesmos direitos que o resto da população.

Dentre as regras da Convenção 169 da OIT que são invocados pelo autor ministerial, ora apelante, ressaltam-se as seguintes, no que concerne a presente demanda:

- a) o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas;*
- b) o direito de participação dos povos indígenas, pelos menos da mesma maneira assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetam;*
- c) o direito dos povos indígenas decidirem suas prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implantação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional lhe lhes afetem diretamente.*

Dispõe a citada Convenção nos seus artigos 6º e 7º, in verbis:

“Artigo 6º

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

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

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

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e,

nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível¹, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.”

Por sua vez, o artigo 7º da Convenção 169 da OIT determina aos governos dos Estados que possuam em seus territórios populações indígenas ou tribais que procedam a consultas para que esses povos tenham o direito de dizer o que compreendem do projeto e para que possam ter alguma influência no processo de tomada de decisões sobre medidas que os afetem.

Desde 2003, o Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a implementar a mencionada Convenção, pois a ratificou mediante Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, publicado no D.O.U. de 20 de junho de 2002 e, posteriormente, a promulgou num dia cheio de simbolismo – o dia do índio, por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, DOU de 20 de abril de 2004. O Brasil adotou as proposições de natureza obrigatória para os países signatários, com a finalidade de orientar os Estados em questões de direitos indígenas e tribais.

Tendo em vista que a citada Convenção é pouco conhecida na comunidade jurídica nacional e também pelo fato de causar espécie que a Organização Internacional do Trabalho venha a tratar de matéria relativa a direitos

de povos indígenas e tribais, alguns esclarecimentos se fazem necessários sobre o histórico da Convenção 169.

Ocorre que em 1921, a OIT procedeu a um trabalho de pesquisa sobre as condições das populações indígenas e tribais em diferentes países no que tange ao aspecto estritamente trabalhista. Em 1926, este órgão das Nações Unidas instituiu uma Comissão Permanente de Peritos que esclareceu à OIT sobre as condições de trabalho de trabalhadores indígenas e tribais no mundo, o que deu ensejo ao surgimento da Convenção 29 sobre Trabalho Forçado ou em Situação Análoga a de Escravo.

Em verdade, o século XX assistiu, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, gradual desenvolvimento em matéria de proteção às populações indígenas e tribais. A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes é o resultado desse esforço para os Direitos Humanos alcançasse as populações tradicionais mundiais.

Neste contexto, requereu o Ministério Público Federal, ora apelante, a aplicação das regras da Convenção 169 da OIT porque, com a sua ratificação pelo Congresso Nacional, as regras internacionais passaram a ser nor-

mas internas brasileiras. O direito de consulta das populações indígenas, no Brasil, foi incorporado à legislação nacional e agora tem a mesma hierarquia das normas constitucionais.

A Emenda Constitucional 45, que acrescentou o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos são equivalentes às emendas à Constituição”.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo as referidas convenções internacionais qualificação constitucional (HC 87585 – Pleito, DJE de 26/26/2009).

Temos, portanto, de um lado, o direito das comunidades indígenas de serem ouvidas quando houver proposta de atividade econômica em suas terras, ex vi do artigo 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, onde também consta a previsão da necessidade do Congresso Nacional autorizar a exploração de recursos mi-

nerais e do potencial energético em terras dessas populações.

De outra parte, tem-se o direito de consulta, incorporado no ordenamento jurídico nacional com a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção 169 da OIT.

Conferir eficácia ao direito de consulta ou oitiva das nossas comunidades indígenas é um imperativo para o Estado brasileiro e para as comunidades envolvidas posto que a necessidade de desenvolvimento do país e o aumento de suas matrizes energéticas exigirão que se estabeleça, desde logo, um modelo de consulta que evite a insegurança das referidas comunidades, a violação da ordem jurídica e dos direitos humanos de minorias.

O avanço da fronteira agrícola, a crescente necessidade de construção de hidrelétricas e de exploração de recursos minerais tornam urgente o enfrentamento das questões suscitadas pela Convenção 169 da OIT.

Conquanto o tema da presente lide seja exploração de potencial energético com influência em terras indígenas, o problema da oitiva das comunidades ou sua consulta prévia é exigência que também se faz presente

quanto à exploração de recursos minerais em território ocupado por índios. Nas duas hipóteses o país terá que se debruçar sobre o problema da consulta e resolvê-lo.

Inclusive, a questão da regulação da atividade minerária em território indígena não é novo. No Congresso Nacional há várias proposições sobre a mineração em terras indígenas que buscam estabelecer regras para a pesquisa e lavra, definindo percentual de participação aos povos indígenas nos resultados obtidos com a lavra e utilização do solo.

Em artigo denominado “Mineração em Terras Indígenas” da autoria de Ricardo Verдум, revela a atualidade do assunto da regulamentação da atividade minerária nos territórios indígenas no Brasil, conforme se lê no trecho abaixo transscrito:

“O conflito armado ocorrido em abril de 2004 na Terra Indígena Rossevelt (RO), envolvendo guerreiros cinta-largas e garimpeiros, que resultou na morte de 29 garimpeiros, foi o estopim para que o tema da regulamentação da atividade minerária nos territórios indígenas ganhasse um novo fôl-

go, particularmente pelo seu potencial econômico-financeiro.

Na Câmara dos Deputados foi criado em março de 2005 uma Comissão Especial para discutir o tema, que adotou o PL 1.610-A de 1996, de autoria do Senador Romero Jucá, como referência. O tema também passou a ser objeto de discussão formada pelo Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, os Ministérios da Justiça e de Minas e Energia, a Fundação Nacional do Índio e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), com a incumbência de preparar e discutir com lideranças indígenas um anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional.

O denominado Anteprojeto de Lei de Mineração em Terras Indígenas, apresentado em versão preliminar pelo governo federal na 1ª Conferência Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI, abril de 2006), é resultado desse processo no âmbito do Executivo federal. De lá para cá pelo menos duas novas versões vieram a público. Ao que nos cons-

ta, a versão atual do Anteprojeto continua em discussão na referida comissão.

Em reunião do presidente da FUNAI (o antropólogo Mércio Meira) com as entidades e organizações indígenas integrantes do Fórum de Defesa dos Direitos Indígenas (FDDI), no último dia 5 de abril, ele nos informou de que estaria solicitando ao Ministério da Justiça que o processo fosse encaminhado ao órgão para nova análise.

Há de se destacar que a regulamentação da atividade não é uma vontade unilateral do Governo, mas também encontra eco em setores do movimento indígena brasileiro (digamos) mais integrado no sistema de valores e relações de mercado. Na região do Alto Rio Negro, por exemplo, o tema é objeto de polêmicas mesmo dentro da Foirn; entre os Cinta-Larga há também posições favoráveis, alguns claramente posicionados a favor de um arranjo com grupos de garimpeiros e mineradoras. A mineração em territórios indígenas não é uma discussão fácil e certamente vamos encontrar posicionamentos bastante contrários na comunidade de antropólogos. Assim, penso

que a ABA deva entrar com muita calma e cautela, atenta às minúcias, e municiada do acumulo já desenvolvido no âmbito disciplinar."

Por conseguinte, antes que a mineração em terras indígenas tenha lugar e a construção de usinas hidrelétricas torne-se rotineira na Amazônia, há que se ter um marco procedural para a oitiva das comunidades, vez que precisarão saber os impactos dessas atividades econômicas, ecológicas e sociais em suas terras. O país não pode evitar abordar a questão de quem, como, onde se faz a oitiva das comunidades indígenas, segundo dispõe a Constituição da República e as normas internacionais que o Brasil fez integrar em seu ordenamento jurídico.

Quanto a isso, as prescrições da Convenção 169 da OIT, além de vinculantes, podem ser de enorme valia na construção interna desse modelo de processo de consulta das populações indígenas. Assim é porque um aspecto relevante da Convenção é o capítulo sobre terras indígenas e tribais. A Convenção reconhece a relação especial que os indígenas têm para com as terras e territórios que ocupam ou utilizam de alguma maneira e, em particular, os aspectos coletivos desta relação. É reconhecido o direito de posse sobre as terras que tradicio-

nalmente ocupam. Os direitos dos povos indígenas e tribais existentes em suas terras devem ser protegidos.

Fundamenta-se, assim, a consulta no direito que têm as populações indígenas e tribais de decidir suas prioridades no que tange ao seu desenvolvimento, na medida em que atos legislativos e administrativos afetem sua sobrevivência. Segundo prescrições da Convenção 169 da OIT, inseridas no nosso ordenamento jurídico em nível de norma constitucional, a consulta prévia (artigo 6º) e a participação (artigo 7º), constituem direito fundamental que têm os povos indígenas e tribais de poder decidir sobre medidas legislativas e administrativas, quando o Estado permite a realização de projetos. A intenção é proteger a integridade cultural, social e econômica além de garantir o direito democrático de participação nas decisões que afetam diretamente essas populações tradicionais.

O Centro Internacional para Direitos Humanos e Desenvolvimento da Organização Internacional do Trabalho considera que apenas quando o processo de consulta prévia concede as comunidades interessadas a real oportunidade de manifestar sua vontade e influir na tomada da decisão é válida a oitiva. O diálogo deve servir para

que as populações tradicionais participem das decisões que de fato tenham a ver com o seu desenvolvimento. Nesse sentido é que se afirma que a consulta não é uma simples reunião, mas um processo que juntamente com a participação das comunidades indígenas e tribais interessadas negociam com o Estado suas propostas e intenções. É por esse motivo que se afirma que a consulta prévia não é um único encontro, nem um fim em si mesmo, é apenas um instrumento de diálogo. Antes de tudo, o lugar de reflexão e avaliação da medida legislativa ou administrativa proposta pelo governo há de ser discutida primeiro na própria comunidade, informada dos aspectos do projeto e seus efeitos na vida da tribo.

É relevante salientar que a possibilidade de participação da comunidade está relacionada à informação prévia como o empreendimento a atingirá. Daí que se pode ainda afirmar que todo o processo de participação é essencialmente um direito de informação. A informação que se dá à comunidade atingida também não é um fim em si mesmo, pois é instrumento, como a própria consulta, para um processo de negociação. Todavia, ela é importantíssima vez que importará em ajudar na tomada de decisões pela população indígena ou tribal. A pro-

pósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decisão a respeito do que significa a informação no processo de consulta e como ela deve ser levada aos povos tribais para fomentarem suas reflexões:

"Primeiro, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka em los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, com dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica uma comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizar-se de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad com sus propias tradiciones, en las primeras etapas del pan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunida-

des y para brindar una edecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurar-se que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta deberia tener en cuenta los métodos tradicionales el pueblo Saramaka para la toma de decisiones". (grifos nossos).

*(Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007).*

Não pode deixar de ser dito que a Convenção 169 da OIT adotou o princípio da boa-fé que deve presidir todo o processo de consulta prévia. Nos termos das proposições da Convenção, boa-fé significa, dentre outras coisas, que as informações prestadas as populações tribais não podem ser distorcidas, que a comunidade não pode ser manipulada e consulta não pode ser levada a cabo somente depois de tomada a medida legislativa ou administrativa, eis que em tal hipótese tem por única e exclusiva finalidade legitimar decisões já tomadas pelo

Estado e desfavoráveis a comunidade indígena ou tribal.

Como já vimos, as regras do artigo 6º da Convenção instituíram a obrigação do Estado incorporar a denominada consulta prévia ao procedimento legislativo ou administrativo quando da edição de medidas autorizando ou permitindo a exploração de recursos naturais em terras indígenas. No citado artigo, a consulta prévia deve atender a requisitos mínimos para ser considerada válida, nos termos da Convenção 169 da OIT. As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc; 4) a informação quanto ao procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas , ações mitigadoras e reparadoras dos danos cau-

sados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado. No caso brasileiro, no ato do Congresso Nacional que autoriza a construção ou empreendimento.

Tal mecanismo de participação é um direito internacional e constitucional coletivo a um processo de caráter público especial e obrigatório que deve ser realizado previamente, sempre que se vai adotar, decidir ou executar alguma medida legislativa ou administrativa possível de afetar as formas de vida dos povos indígenas em seus aspectos territorial, ambiental, social, econômico e outros aspectos que incidam em sua integridade étnica.

(...)

Tudo visto e examinado, o que restou provado nestes autos é que a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou o regramento da norma constitucional, pois se decidiu pela autorização da obra sem que fossem ouvidas as comunidades que serão atingidas, principalmente aquelas duas que se localizam na Volta Grande do Xingu que poderão ficar sem água ou com água insuficiente.

O Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a aplicar a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, mas no caso em exame, a desconsiderou. As diversas reuniões levadas a efeito pelo órgão responsável pela política indigenista, a FUNAI, o órgão ambiental, o IBAMA, tiveram objetivo de informar às comunidades a decisão do Congresso e suas repercussões na localidade isto é, foram encontros para esclarecimento e informação aos povos da bacia do Rio Xingu, mas não se deu o processo de diálogo previsto no artigo 6º nem a participação prevista no artigo 7º da Convenção 169 da OIT. O procedimento legislativo que conduziu a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou também as prescrições do artigo 6º da referida Convenção e uma prova do fato é a inexistência em seu texto das ações mitigadoras e reparadoras para os danos da região, principalmente da Volta Grande do Xingu, como resultado de um processo de diálogo com os atingidos. Nada há nos autos que comprove que as manifestações das comunidades indígenas atingidas de alguma forma influiu na medida legislativa, ainda que diga respeito apenas as medidas mitigadoras.

(...)

III

Conforme já visto, segundo dispõe o referido artigo 15 do mencionado tratado internacional, de que o Brasil é signatário, nos termos do Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 143/2002, obrigando-se, portanto, à observância do quanto ali estabelecido, mormente por se tratar de norma equiparada às emendas constitucionais (CF, art. 5º, parágrafo 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 e entendimento jurisprudencial do STF sobre a matéria - HC 87585 – Pleno, DJE de 26/26/2009), a consulta às comunidades indígenas, a que se reporta o art. 231, § 3º, da Constituição Federal, haverá de se efetivar “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”.

No caso concreto, como visto, o Congresso Nacional, ao editar o Decreto Legislativo nº. 788, de 2005, que “autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pelas Centrais

Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás”, estabeleceu que essa consulta se efetivasse em momento posterior, nestes termos:

“Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado “Volta Grande do Xingu”, localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I - Estudo de Impacto Ambiental – EIA;

II - Relatório de Impacto Ambiental – Rima;

III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e

IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte.

Art. 4º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação”.

Vê-se, assim, que, diferentemente do que determina o item 2 do sobrealudido art. 15 da Convenção/OIT nº. 169, a autorização Congressual para fins de implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte efetivou-se antes mesmo da consulta às comunidades indígenas afetadas, a caracterizar, na espécie, a manifesta violação ao comando da referida norma e, por conseguinte, a irregularidade apontada pelo douto Ministério Público Federal, impondo-se, assim, o acolhimento da pretensão deduzida na peça vestibular, no particular.

(...)

Como se observa das letras desses dispositivos de âmbito internacional [arts. 3º e 4º da Convenção 169/OIT] a que aderiu o Brasil com a responsabilidade social de lhe dar eficácia plena, afirma-se nas letras desses dispositivos o direito fundamental à liberdade dos povos indígenas como direito humano de livre participação do seu destino, não se admitindo que seja empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os seus direitos humanos e as suas liberdades fundamentais, como povos interessados no desenvolvimento das suas culturas e também no desenvolvimento nacional. Se entendermos, à luz dessas disposições, que o Congresso Nacional agiu corretamente ao editar o Decreto Legislativo 788/2005 sem ouvir antes as comunidades indígenas sobre os impactos ambientais em suas terras, em suas culturas, em suas tradições, estaremos admitindo, então, o regime de força condenado pela Convenção OIT nas letras do seu art. 3º, item II. O voto da Desembargadora Selene analisou com percucienteza os arts. 6º e 7º da aludida convenção, e chegou à mesma conclusão de que a norma do art. 231 § 3º, da Constituição Federal, há de ser interpretada também de forma sistemática e finalística, e não de forma literal, data venia, como fizeram o voto vencedor e a sentença recorrida, e também, data venia, como assim decidiu monocraticamente a

ilustre Presidente da Suprema Corte, que chegou a entender que o decreto legislativo a que se refere o dispositivo constitucional é de natureza meramente programática, ou seja, não tem eficácia imediata e que a decisão judicial impugnada estaria a invadir a esfera de discricionariedade administrativa na formulação e implementação de política energética nacional, contrariando, assim, a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir o controle jurisdicional de políticas públicas ambientais, na linha de eficácia da garantia fundamental, prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Política Federal (ADPF 45 MC/DF – Rel. Ministro Celso de Mello – julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, inter plures).

O art. 231, § 3º, em referência, é claríssimo: “**O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei**”. Ora, com todas as vêniñas, não há como se considerar uma norma programática, como esta que cuida da efetivação plena do princípio da precaução, assegurado na Convenção Internacional ECO-92, Princí-

pio 15, e aqui também cristalizado no art. 225, caput, da Constituição da República, que impõe ao poder público, em todos os seus segmentos, e à toda a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. E não podemos excluir as comunidades indígenas desse contexto, como assim já decidiu a Suprema Corte, no caso Raposa Serra do Sol, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres, hoje presidindo aquela Corte Suprema.

A mesma Convenção 169/OIT, Senhora Presidente, no seu art. 13, estabelece o seguinte: “1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.
Como se vê, esse dispositivo é de uma importância extraordinária para uma especial tutela às culturas e valores espirituais e todo o patrimônio imaterial dos povos indígenas interessados nesse contexto, culturas e valores espirituais que se entranham com a tutela constitucional das terras indígenas e das suas tradições e costumes.

No artigo 14, item I, da referida Convenção Internacional estabelece, *in verbis*:

“1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.”

O douto Ministério Público Federal, como já visto, aponta omissão do acórdão recorrido, no que tange especificamente às regras do art. 15, itens 1 e 2, da referida Convenção 169–OIT, que dispõem o seguinte:

“1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades".

*Eis a omissão do acórdão recorrido, diante da cogênciada disposição da Convenção Internacional OIT; em nenhum momento, o voto condutor do acórdão recorrido enfrentou esse dispositivo da convenção internacional, que é incisivo, ao determinar, repito: "que os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a **consultar os povos interessados**, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou*

autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.”

Ora, Senhora Presidente, como é possível admitir-se uma inversão total desse procedimento de consulta das comunidades indígenas, diante dos impactos visivelmente registrados no estudo de impacto ambiental e relatório conclusivo, diga-se de passagem, com o dedo presente de uma sociedade de economia mista como a Eletrobrás, diante dos estudos do interesse do governo federal para alcançar o seu objetivo do PAC — Programa de Aceleração Econômica? Só a presença da Eletrobrás, de alguma forma, já deixa obumbrado o EIA/RIMA. Vimos, no caso Teles Pires, que ali o EIA/RIMA se tornou flagrantemente viciado, porque é o poder público que faz o estudo de impacto ambiental, através de uma empresa pública federal por ele criada, vinculada ao Ministério das Minas e Energia e é o poder público, através do Ministério do Meio Ambiente, pela longa manus do IBAMA, que fiscaliza o EIA/RIMA por ele realizado e aprova o EIA/RIMA. Ora, isso é ser juiz em causa própria.

Senhora Presidente, colho das razões do recurso do Ministério Público Federal perante este egrégio Tribunal, visando à reforma da sentença recorrida, onde se registra um pronunciamento significativo do eminente senador Luiz Otávio (PMDB/PA), em sessão do Senado Federal que aprovou o indigitado Decreto Legislativo 788/2005, e que não passou desapercebida a curiosa pressa na aprovação desse Decreto Legislativo, que fez com que as comunidades afetadas não fossem ouvidas. Diz o Senador, observando a flagrante afronta ao princípio constitucional da participação democrática, também consagrado no campo do Direito Ambiental:

“O Sr. Luiz Otávio (PMDB-PA) (...) A única observação que quero acrescentar no meu aparte é a seguinte: estou na Casa há mais de sete anos, e há projetos que estão aqui desde que cheguei e não saem das comissões, não andam. São projetos de vários, para não dizer de todos, senadores. E esse projeto, por incrível que pareça, foi apresentado no dia 8 de julho, na semana passada. Faz quatro dias que esse projeto foi aprovado na Câmara e vamos aprová-lo aqui no Senado hoje. Eu nunca vi isso! Manifesto apenas a minha admiração... Eu queria encaminhar desde a oportunidade que tive de encaminhar a urgência, mas queria saber o motivo de tanta ur-

gênica. Isso não bate!... Essa história de que Belo Monte vai resolver o problema do apagão... essa obra é para dez anos, como disse o presidente José Sarney, ou para quinze ou vinte anos. Então, o motivo não é o apagão. Eu gostaria de apenas de saber — e que alguém me explicasse como — se houve um projeto mais rápido, mais relâmpago do que esse na história do Congresso Nacional... Temos de fazer de forma, não digo correta, mas transparente. Não é possível, em uma sessão como a de hoje, chegar aqui de pára-quedas o projeto, e termos de votá-lo hoje. Por que tem que ser hoje? Em quatro dias! É recorde mundial. Com certeza esse projeto vai para o Guinness Book...”.

O mesmo senador, que, paradoxalmente, votou a favor da proposta, assim chega ao cerne da questão:

“E eu ia me esquecendo dos índios, é verdade. Os índios são muito mais importantes, como disse a senadora Hevísa Helena. Eles têm que ser ouvidos, ‘cheirados’. Temos de conversar com os índios. Afinal de contas, eles são os donos. Temos de agir de forma a que todos nós tenhamos condições de votar com tranquilidade, sem pressa, esses projetos relâmpagos. Nunca vi isso, since-

*ramente! Trata-se de um projeto bala: vem e passa e
ninguém vê. Muito obrigado, Sr. Presidente.”.*

Como se vê, Senhora Presidente, o Decreto Legislativo 788/2005 tem um histórico bem estranho nos anais do Congresso Nacional. Tudo indica que é um decreto encomendado para ser empurrada uma autorização goela adentro, para a implantação do projeto hidrelétrico Belo Monte, a fim de atender ao Programa de Aceleração Econômica do governo federal, que não conta com os valores humanos, com os valores culturais dessas comunidades que, de acordo com a Convenção OIT-169, têm o dever de participar, como também, de acordo com o art. 225 da Constituição, têm o dever de exercer o princípio da participação democrática e decidir previamente sobre seu destino e o das futuras gerações.

Senhora Presidente, concordo plenamente com o voto de Vossa Excelência, como de forma racional e brilhante chegou a uma interpretação sistêmica, mesmo não enfrentando esse dispositivo do art. 15, item 2, da Convenção 169-OIT, mas guiada pela luminosidade dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da precaução, da moralidade ambiental, da eficiência e da responsabilidade social; todos eles princípios dirigentes dessa tutela especial que a Constituição estabelece para os povos indígenas, em conformidade com a Convenção 169-OIT.

Não há dúvida de que o Congresso Nacional, ao editar o famigerado Decreto Legislativo 788/2005, assim o fez com um insanável vício material desse decreto, porque não havia elementos de consulta para poder editar a autorização. E a Constituição Federal, no seu art. 231, § 3º, quando determina a competência do Congresso Nacional para autorizar qualquer empreendimento em terras indígenas, só poderá fazê-lo ouvidas as comunidades afetadas, antes, a fim de que lhe seja assegurada, inclusive, a participação nos lucros do empreendimento. Ora, a interpretação aqui tem que ser sistêmica e não meramente literal, como fizera o duto voto condutor do acórdão embargado. E, para que o Congresso Nacional possa se desincumbir da sua missão constitucional autorizativa desse empreendimento, através do pré-falado Decreto Legislativo, teria necessariamente que se realizar antes o estudo prévio de impacto ambiental com o seu relatório conclusivo, nos termos da Resolução 1-CO-NAMA, de 23/1/86, que assim determina em seu art. 6º:

“Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá no mínimo as seguintes atividades técnicas:

I — diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambi-

ental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

- a) o meio físico – o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;*
- b) o meio biológico e os ecossistemas naturais – a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;*
- c) o meio socioeconômico – o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos;*

II – análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação,

previsão da magnitude, interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: dos impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III — definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV — elaboração do programa de acompanhamento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

E, no art. 9º, diz a mesma Resolução 1/86 – Conama:

“Art. 9º. O relatório de impacto ambiental – RIMA refletirá as condições do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

I – os objetivos e justificativas do projeto, sua relação de compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

II – a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, mão de obra, as fontes de energia, os processos e técnicas operacionais, os prováveis efluentes, as emissões, resíduos e perdas de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

III – a síntese dos resultados dos estudos de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto;

IV – a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempos de incidência dos impactos indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para a sua identificação, quantificação e interpretação;

V – a caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como a hipótese de sua não realização;

VI – a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII – o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

VIII – recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral). Parágrafo único. O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.”.

Ora, vejam os senhores membros desta Corte, como se harmonizam as disposições da Resolução 1/86 – Conama –, ao tratar do estudo de impacto ambiental e de seu relatório conclusivo nesta dimensão informativa de que necessita o Congresso Nacional para cumprir o preceito constitucional previsto no art. 231, § 3º; vale dizer, “*somente será possível ao Congresso Nacional autorizar o empreendimento hidroelétrico Belo Monte, consultadas previamente as comunidades indígenas, diante dos elementos colhidos no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório conclusivo*”, porque, do contrário, a letra da Constituição é letra morta, é um faz de conta. Não podemos admitir um ato congressual no estado democrático de direito que seja um ato de ditadura, um ato autoritário, um ato que imponha às comunidades indígenas um regime de força, como assim repudia o art. 3º, item II, da Convenção 169-OIT, nos termos seguintes: “*Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.*”. E a forma como esse Decreto Legislativo tratou a questão do Complexo Hidrelétrico Belo Monte, autorizando, de logo, de forma antidemocrática, de forma autoritária, a realização do projeto sem antes consultar as comunidades indígenas, na dimensão do

que deveria ter sido apurado, previamente, no estudo prévio de impacto ambiental e seu relatório conclusivo (CF, art. 225, § 1º, IV), agride flagrantemente a Convenção 169 OIT, especificamente nos seus arts. 3º, item II, e no seu art. 15, item II, que é incisivo, no sentido de que “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos, com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.”.

Como se vê, Senhora Presidente, a consulta tem que ser prévia mesmo, já nos termos da Convenção 169 OIT, que o Brasil adotou e incorporou no seu texto constitucional em nível de emenda à Constituição (CF, art. 5º, § 3º).

(...)

IV

Registre-se, por oportuno, que, segundo demonstram os elementos carreados para os presentes autos, a localização do referido empreendimento hidrelétrico (UHE Belo Monte) encontrase inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interfe-

rência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua qualidade de vida e patrimônio cultural, não se podendo olvidar a regra do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, segundo a qual, “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Vê-se, assim, que a discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de cunho socioambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no

processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, conforme lições autorizadas de Nestor Pedro Saguès, citado por Bruno Dantas, em sua dissertação de Mestrado sobre “Repercussão Geral”, dentro das questões de gravidade institucional, pois é possível distinguir as que “superam os interesses dos princípios da causa, de tal modo que ela comove a sociedade inteira, em seus valores mais substanciais e profundos (CSJN, Julgados, 257:134 – caso Panjerek) – algo que poderia se denominar questão constitucional de interesse comunitário total – daquelas que, ainda que não afetem a todos os habitantes, têm sua dimensão suficiente para repercutir – no presente ou no futuro – em uma ampla gama de relações humanas: questão de interesse comunitário parcial” (tradução livre, in “Repercussão Geral” – Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões Processuais. RT. SP. 2ª Edição. 2009, pp. 121/122).

Nas ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a autorizar, inclusive, a manifestação judicial acerca da questão debatida, no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público ambiental, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

Nessa perspectiva, ao analisar as sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação, Carvalho Dantas observa que “as condições da possibilidade de diálogo entre as sociedades indígenas e o Estado brasileiro é um tema que ocupa na atualidade grandes espaços de discussão e reflexão. Para Oliveira, ancorado na ética da libertação de Enrique Dussel, essa possibilidade somente é factível a partir da institucionalização de uma nova normatividade discursiva “capaz de substituir o discurso hegemônico exercitado pelo polo dominante do sistema interétnico”.

O discurso dominante, um discurso universalista e competente que excluiu as sociedades indígenas ao longo da história, ideo-logizou e naturalizou as diferenças culturais ora como bárbaras e selvagens, ora românticas e folclóricas, mas, sempre, e principalmente, como óbices à integração, unificação e desenvolvi-

mento do Estado. Os povos indígenas compõem o mosaico social e cultural brasileiro, como sociedades culturalmente diferenciadas da nacional hegemônica. A diversidade sociocultural que esses povos configuram, ocultada no longo processo de colonização e de construção do Estado Nacional, teve no direito positivado, um dos mais poderosos mecanismos de exclusão que, sendo fundamento da política indigenista levada a cabo, primeiro pela Coroa portuguesa e, em seguida, pelo Estado brasileiro, promoveram genocídios e etnocídios responsáveis pela despopulação e pelo desaparecimento de numerosas culturas e povos indígenas.

A apreensão parcial que o direito positivado faz da realidade social, por meio de mecanismos de poder que valoram e privilegiam uma determinada forma de vida e práticas sociais como boas, com a consequente juridicidade amparada pelo Estado, institucionalizou, ao longo da história do direito no Brasil, a exclusão do espaço jurídico-político nacional, das pessoas indígenas e suas sociedades, suas vidas, seus valores e suas formas diferenciadas de construção social da realidade.

Nesse sentido, os colonizadores portugueses desconsideraram a existência de povos autóctones, com organizações sociais e domínio territorial altamente diversificados e complexos, negando aos seus membros a qualidade de pessoas humanas ou de uma

humanidade viável, motivo pelo qual justificavam a invasão e tomada violenta do território, a escravização, as guerras, os massacres e o ocultamento jurídico.

O direito colonial e posteriormente o nacional seguiram o mesmo caminho. A formulação jurídica moderna do conceito de pessoa enquanto sujeito de direito, fundado nos princípios liberais da igualdade e liberdade que configuraram o individualismo, modelo adotado pela juridicidade estatal brasileira e estampado no Código Civil de 1916, gerou o sujeito abstrato, descontextualizado, individual e formalmente igual, e classificou as pessoas indígenas, não como sujeitos diferenciados, mas, diminutivamente, entre as pessoas de relativa incapacidade, ou pessoas em transição da barbárie à civilização. Esta depreciação justificava a tutela especial exercida pelo Estado, os processos e ações públicas voltados para a integração dos índios à comunhão nacional, o que equivale dizer, transformar os índios em não índios.

Com a promulgação da Constituição de 1988 reconhecendo expressamente as diferenças étnico-culturais que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram, pelo reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória, um novo tempo de direitos se abre aos povos indígenas. Um novo tempo, não mais marcado pela exclusão jurídica e sim, pela inclusão constitucional.

nal das pessoas e povos indígenas em suas diferenças, valores, realidades e práticas sociais, com permanentes e plurais possibilidades instituintes.

Evidentemente, o reconhecimento constitucional dos índios e suas organizações sociais de modo relacionado configura, no âmbito do direito, um novo sujeito indígena, diferenciado, contextualizado, concreto, coletivo, ou seja, sujeito em relação com suas múltiplas realidades socioculturais, o que permite expressar a igualdade a partir da diferença.

O marco legal desse reconhecimento, em razão da dificuldade de espelhar exaustivamente a grandiosa complexidade e diversidade que as sociedades indígenas representam, está aberto para a confluência das diferentes e permanentemente atualizadas maneiras indígenas de conceber a vida com seus costumes, línguas, crenças e tradições, aliadas sempre ao domínio coletivo de um espaço territorial.

O novo paradigma constitucional do sujeito diferenciado indígena e suas sociedades inserem-se conflituosamente, tanto no âmbito interno dos Estados nacionais quanto em nível mais amplo, no contexto atual dos Estados e mundo globalizados, confrontando-se com a ideologia homogeneizante da globalização, que não reconhece realidades e valores diferenciados, pois

preconiza pensamento e sentido únicos para o destino da humanidade, voltados para o mercado.

Entretanto, as lutas de resistência contra esse processo aparam tam para novos caminhos de regulação e emancipação, exigindo conformações plurais e multiculturais para os Estados, e, especificamente, mudanças nas Constituições, situadas atualmente em perspectiva com o direito internacional dos direitos humanos.

Assim sendo, os direitos constitucionais indígenas devem ser interpretados em reunião com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, que valorizam e buscam promover a vida humana sem nenhuma distinção, aliados aos direitos fundamentais e com o conjunto integrado e indivisível dos direitos humanos, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem assim, às convenções e documentos internacionais” (In “Socioambientalismo: uma Realidade” – Do “Universalismo de Confluência” à Garantia do Espaço para Construir a Vida. Fernando Antônio de Carvalho Dantas. Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Obra Coletiva. Editora Juruá. Curitiba (PR). 2007, pp. 98/101).

E nessa perspectiva, ao analisar os fundamentos jurídico-constitucionais de um direito fundamental ao mínimo existencial

socioambiental (ou ecológico) e a tutela integrada do ambiente e dos direitos sociais como premissa do desenvolvimento sustentável, Ingo Sarlet considera “que a vida é condição elementar para o exercício da dignidade humana, embora essa não se limite àquela, uma vez que a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza meramente biológica ou física, mas exige a proteção da existência humana de forma mais abrangente (em termos físico, psíquico, social, cultural, político, ecológico etc.). De tal sorte, impõe-se a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para efeitos de identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, no sentido do reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, precisamente pelo fato de tal direito abranger o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória” (In “Direito Constitucional Ambiental” RT. SP. 2^a Edição. 1012, p. 116).

Nesta linha de raciocínio, apregoa Patryck Ayala que “um mínimo ecológico de existência tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas

à função legislativa. É neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com o princípio de proibição de retrocesso para admitir também ali uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência". E conclui na inteligência de que "nesse contexto, cumpre ao Estado responder oportunamente e de forma suficiente pelo exercício de seu dever de proteção para o fim de assegurar uma proteção reforçada aos elementos naturais e a todas as formas de vida [preponderantemente, por iniciativa de sua função legislativa ou através de escolhas ou decisões sobre as políticas públicas], de modo a permitir a proteção da pessoa humana, de sua dignidade, e de todas as suas realidades existenciais, assegurando-lhe a liberdade de escolher e de definir os rumos de sua própria existência (autodeterminação da vontade e livre desenvolvimento de sua personalidade" (In *"Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Regresso nos Níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira"* – Patryck de Araújo Ayala. **“O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL.** Senado Federal. Obra Coletiva. Brasília (DF). 2012. pp. 223 e 240/241).

No caso concreto, conforme já narrado, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional, afigura-se manifestamente ilegítima, à míngua da audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, conforme assim determina o art. 15, item 2, da Convenção nº. 169/OIT, a ferir o núcleo essencial do princípio da proibição do retrocesso ambiental ou ecológico, à luz do que dispõe o artigo 231 e respectivos parágrafos 1º, 2º e 3º, da Carta Política Federal.

Ausentes, portanto, a autorização regular e condicionada do Congresso Nacional, à deliberação prévia das comunidades indígenas, na espécie, afigura-se nula e sem nenhum efeito, o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, impondo-se, assim, a sua imediata suspensão, ante a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), e que já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que

uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, §1º, IV).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, incisos I e VI).

Em dimensão histórica, a imposição de medidas de precaução já fora recomendada, em junho de 1972, pela Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, com a advertência de que “atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas consequências ambientais” e, ainda, encontra abrigo na Declaração do Rio de Janeiro, decorrente da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992, que, nas letras de seu princípio 15, assim proclamou: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio

da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Nessa inteligência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação nº 33.884/RR, através da Relatoria do eminentíssimo Ministro Carlos Britto, já decidiu que “o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontram instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, asseguratório de um tipo de desenvolvimento nacional, “tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado de modo a incorporar a realidade vista”, pois “as terras inalienáveis dos índios merecem a proteção constitucional não só no que tange ao aspecto fundiário, mas também no que se refere às suas culturas, aos seus costumes e às suas tradições”.

Outra séria questão é a agressão de efeitos irreversíveis que causará esse gigantesco empreendimento ao rico cenário da biodiversidade amazônica, com a instalação desse projeto, sem as

comportas da precaução, como resulta dos elementos carreados para os autos.

Observe-se, por oportuno, que o Brasil e todos os brasileiros estamos vinculados aos termos da Convenção da Biodiversidade Biológica, assinada em 5 de julho de 1992 e ratificada pelo Decreto 2.519, de 03/03/98, e que registra em seu preâmbulo: “Observando, também, que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essas ameaças”.

Por último, considere-se o passivo ambiental, que resultará do desmatamento de florestas nativas, na região amazônica, para implantar-se o descomunal projeto de instalação de inúmeras hidrelétricas, agredindo as recomendações constantes dos Acordos de Copenhagen – Dinamarca (COP-15) e de Cancún – México (COP-16) sobre reduzir-se as emissões produzidas pelo desmatamento e degradação das florestas, promovendo-se o manejo florestal sustentável, a conservação e o aumento dos estoques de carbono (REDD – plus).

Relembre-se, por oportuno, que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, como princípio fundante e dirigente da tutela constitucional do meio ambiente sadio,

a proibição do retrocesso ecológico, a exigir, com prioridade, do Poder Público, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

E essa tutela jurisdicional há de ser praticada como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção, da proibição do retrocesso ecológico, da eficiência, da moralidade ambiental, da responsabilidade social e da participação democrática, como, no caso em exame.

O Brasil, com a mais ampla zona costeira, em dimensão continental, pode e deve explorar suas fontes alternativas de energia limpa, através de tecnologia avançada e inteligente, aproveitando seu imenso potencial de energia eólica, solar e do fluxo e refluxo perene da plataforma marinha (Maré-matriz), em substituição ao projeto irracional das termoelétricas e hidrelétricas faraônicas, arrasadoras de florestas nativas, bem assim de poluidoras usinas nucleares, a compor um doloroso passivo ambiental de energia suja, com graves consequências para o equilíbrio climático e a sadia qualidade de vida no planeta.

Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas – Rio+20, a tutela jurisdicio-

*nal-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, *caput*, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, *caput* e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, *caput*, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.*

Com estas considerações, dou parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, para suprir a omissão apontada, e, reexaminando o recurso de apela-

ção por ele interposto, dou-lhe parcial provimento, para reformar a sentença monocrática, julgando-se procedente, por conseguinte, o pedido formulado na inicial, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da referida Convenção nº. 169/OIT. (...)

Este é meu voto. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

11.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINERAÇÃO. PROJETO VOLTA GRANDE DO XINGU DE MINERAÇÃO. IMPACTO EM TERRA INDÍGENA. EXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO LICENCIADOR ESTADUAL. ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA - ECI. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO. DISCUSSÃO QUANTO AO MOMENTO: ANTES DA LICENÇA PRÉVIA OU NO DECORRER DA MESMA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MPF E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR, AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DOS ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS E NULIDADE DA SENTENÇA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADAS. MÉRITO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EMISSÃO DE LICENÇA PRÉVIA SEM O ECI. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPACTO. EMISSÃO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO SEM O ECI. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA REALIZADO A PARTIR DE DADOS SECUNDÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSULTA LIVRE E MOTIVADA DOS INDÍGENAS AFETADOS. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA CONVENÇÃO n. 169 DA OIT. ALEGADA OMISSÃO DA FUNAI A IMPOSSIBILITAR A ELABORAÇÃO DO ECI. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM AUTOS DISTINTOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

[...]

VI - Nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei". No plano internacional, por seu turno, tem-se a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19/04/2004, cujos arts. 6º, 7º e 15 dispõem, em síntese, acerca da obrigatoriedade de consulta dos povos indígenas na hipótese de realização de projetos de exploração dos recursos existentes em suas terras.

[...]

IX - A alegação, versada em petição incidental, no sentido de que a primeira apelante já teria apresentado o ECI exigido pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal não conduz à conclusão, no caso concreto, de que possível a continuidade do licenciamento ambiental, restaurando-se os efeitos da licença de instalação suspensa nos autos de agravos de instrumento interpostos contra decisão que recebera, apenas no efeito devolutivo, os recursos de apelação interpostos pelas réis. Isso porque o ECI apresentado, conforme reconhece a primeira apelante, não se reveste dos requisitos necessários de validade, notadamente diante do fato de que foi elaborado a partir de dados secundários. Considerar o teor do ECI, ignorando a afirmação de que elaborado a partir de dados secundários, é contrariar o disposto na Constituição Federal e na Convenção n. 169 da OIT, que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida.

X - Não modifica o entendimento acerca da imprestabilidade do ECI apresentado com base em dados secundários a alegação de que, após diversos contatos realizados com a FUNAI para que fosse agendada a apresentação do empreendimento aos indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu para a realização dos trabalhos de campo do ECI dentro dessas áreas, não foi possível sua realização, sendo que a autarquia

não teria apresentado nova data para a retomada dos estudos. Isso porque a primeira apelante dispõe dos meios judiciais cabíveis para sanar a omissão da FUNAI no que se refere à definição das datas para a retomada dos estudos relacionados ao ECI. O que não lhe é permitido é que, diante da alegada omissão do órgão indigenista, o que deve ser apurado em ação própria, apresente estudo que não possui validade frente ao que determinam a Constituição Federal e a Convenção n. 169 da OIT. Não bastasse isso, as demais questões levantadas pela FUNAI, quanto à não observância do termo de referência para a elaboração do ECI, constantes de ofício cuja cópia fora juntada aos autos, também devem ser objeto de ação própria. É que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal diz respeito tão somente à validade do procedimento de licenciamento ambiental sem a prévia elaboração do ECI aprovado pela FUNAI, sendo que qualquer questão relacionada ao próprio estudo não pode ser objeto do presente feito, sob pena de indevido alargamento do objeto da demanda.

XI - A elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção n. 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de Relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente

te, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas (AC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. DESMARBGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013). Nada obsta, contudo, na esteira do entendimento ora firmado, e considerando o transcurso do lapso de tempo decorrido desde a decisão, proferida em sede de agravo de instrumento, que autorizou a emissão da licença prévia ao empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, que se mantenha a validade da referida licença, porém suspenda-se o curso do licenciamento ambiental, enquanto não satisfeitos os requisitos necessários.

XII - Reforma parcial da sentença, apenas para afastar a anulação da licença prévia do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, restando a emissão da licença de instalação condicionada à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT. Resalte-se que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

XIV - Recursos de apelação interpostos pelos réus aos quais se dá parcial provimento (item XII).

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos réus e, reformando em parte a sentença recorrida, afastar a declaração de nulidade da licença prévia emitida ao empreendimento Projeto Volta Grande do Xingu, condicionando a validade da licença de instalação à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT, mantida, assim, a suspensão da LI. Ressaltar, por fim, que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

(ACORDÃO 00025057020134013903, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:19/12/2017)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLO-

RAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESOALIDADE E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT), DA RESPONSABILIDADE SOCIAL, DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (CF, ARTS. 225, CAPUT, E 170, VI). PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA DEMANDA. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINARES DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO MONOCRÁTICO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO.

I - Versando a controvérsia instaurada nos autos sobre a regularidade, ou não, do licenciamento ambiental do empreendimento hidrelétrico UHE Teles Pires, a superveniente conclusão desse licenciamento e a concessão da respectiva Licença de Operação, por si só, não tem o condão de caracterizar a perda superveniente do objeto da demanda, eis que, eventual acolhi-

mento da pretensão deduzida, acarretará o reconhecimento da ilegitimidade do aludido licenciamento, e, por conseguinte, dos demais atos que se lhe seguiram, inclusive, da mencionada Licença de Operação. Preliminar rejeitada.

[...]

III - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição

infastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC n. 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento sustentável. IV - A tutela constitucional, que impõe ao Poder

Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20) e Conferência de Paris (COP-21, em 2015. V - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indí-

genas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

VI - Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).

VII - De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal - EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração

Econômica (PAC) do então Poder Executivo Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do IBAMA, como órgão da administração indireta do próprio Governo Federal, sob rigorosa investigação policial e judicial e já politicamente decaído. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput), da responsabilidade social, da proibição do retrocesso ecológico e desenvolvimento sustentável (CF, art. 225, caput, e 170, VI).

VIII - Remessa oficial e apelações desprovidas. Sentença confirmada.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e às apelações interpostas. (ACORDÃO 00039474420124013600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:14/03/2017)

PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DO POLO NAVAL DE MANAUS/AM. COMUNIDADES RIBEIRINHAS. CONSULTA PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL. BRASIL. PAÍS SIGNATÁRIO. OBSERVÂNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. NECESSIDADE.

1. *Não foram infirmados no presente recurso os fundamentos da decisão agravada, que deram azo à determinação de que tanto a União quanto o INCRA não realizassem nenhuma transferência de seus imóveis, a qualquer título, para o Estado do Amazonas, além da proibição de retirar ou remover as comunidades ribeirinhas de suas terras durante o curso da ação civil pública em trâmite no Juízo de origem.*

2. *Para a implantação do Polo Naval no Estado do Amazonas, faz-se necessária a observância às normas supralegais - Convenção 169 da OIT, Convenção da Diversidade Biológica e Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, da qual o País é signatário -; constitucionais - artigos 215 e seu § 1º, 216, 231 e 232 -; e infra-constitucionais referentes à proteção dos direitos inerentes às populações tradicionais.*

3. A ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima.

4. Nas informações prestadas pelo Juízo de origem constata-se que a ação civil pública encontra-se conclusa para decisão em razão do Estado do Amazonas ter pugnado, na fase de especificação de provas, pela produção de prova pericial complexa, para fins de realização de exame, vistoria por parte de engenheiros ambientais e antropólogos, com o fito de serem fixados quais seriam os impactos a serem sofridos pelas comunidades ribeirinhas supostamente afetadas pela implantação do Polo Naval e ainda, se haveria comunidade diretamente afetada pelo empreendimento.

5. Diante do quadro fático apresentado, afigura-se necessária a manutenção da decisão agravada.

6. Agravo de instrumento da União não provido.

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0031507-23.2014.4.01.0000, DESEMBARGADOR FE-

*DERAL NEY BELLO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1
DATA:12/06/2015 PAGINA:3172.) (grifos nossos)*

AMBIENTAL. PASSAGEM DE RODOVIA POR TERRA INDÍGENA. CONDICIONANTES IMPOSTAS PELA FUNAI APÓS A EXPEDIÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO E À CONVENÇÃO 169 DA OIT. PRETENSÃO DE CONTINUIDADE DAS OBRAS. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A suspensão da realização de obras em rodovia que corta terra indígena no Estado do Maranhão por ausência de observância de condicionantes impostas pela FUNAI após a realização do EIA/RIMA e expedição de licença ambiental, antes de causar prejuízo, observa o regramento constitucional e legal relativo à matéria.

2 - A atuação da FUNAI na espécie constitui mera observância das disposições da Lei nº 5.371/67, que atribuem à autarquia a proteção e promoção dos direitos indígenas.

3 - A consulta aos interesses indígenas, além de derivar do artigo 231 da Constituição Federal, está prevista na

Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

4 - Em casos como o discutido na demanda que origina este recurso, cumpre à FUNAI atuar supletivamente ao IBAMA, restando o controle ambiental e estipulando diversas condicionantes a serem executadas, com vistas a mitigar os impactos ambientais e proteger as terras indígenas.

5 - Inexistente ilegalidade ou desconformidade com o texto constitucional ou legal sobre o tema, não prospera a pretensão recursal que pretende a continuidade da obra sem observância às condicionantes impostas pela FUNAI.

6 - Agravo de instrumento desprovido.

(AG 00020646120134010000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/01/2014 PAGINA:325.) (grifos nossos)

AMBIENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGRAVO RETIDO NÃO ANALISADO, POR PERDA DO OBJETO. HIDROVIA ARAGUAIA-TOCANTINS-RIO DAS MORTES. IMPLEMENTAÇÃO. TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (CF, ART. 231, § 3º). NECESSIDADE.

1. *O agravo retido perdeu seu objeto diante da obtenção de provimento jurisdicional em outra demanda no sentido de suspender a continuidade do procedimento para a construção da Hidrovia Araguaia-Tocantins, inclusive suas audiências públicas agendadas.*

2. *A Comunidade Indígena Xavante de Areões e Pimentel Barbosa ajuizou a presente ação com o objetivo de se condenar a União, o Ibama e a Companhia Docas do Pará a não realizar ou autorizar a efetivação de qualquer atividade tendente à implantação da Hidrovia Araguaia-Tocantins- Rio das Mortes, até a aprovação do EIA-RIMA e da expedição da competente licença ambiental, bem como até que a autorização do Congresso Nacional seja concedida. Requer reparação dos danos, caso sejam expedidas a licença ambiental e a autorização do*

Congresso Nacional e a hidrovia seja definitivamente implementada.

3. Nos termos do § 3º, do art. 231, da CF/88, "O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

4. O Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA deve ser realizado quando se cuida de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que possam afetar terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução 237/97 do CONAMA).

5. O conjunto fático-probatório delineado nos autos é claro ao demonstrar a iminência da implantação da hidrovia, motivo pelo qual a sentença a quo merece reparos.

6. A intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovia, por afetar diretamente inte-

resses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la. Precedentes do TRF/ 1ª Região.

7. O pedido de reparação dos danos, pressupõe a implementação da hidrovia. Não caracterizada a hipótese, na espécie, até mesmo por se referir o pedido a evento futuro e incerto, afigura-se juridicamente impossível tal pretensão, ante a regra do parágrafo único do art. 460 do CPC. Precedentes.

8. Agravo retido não conhecido. Apelações parcialmente providas.

A Turma Suplementar, por unanimidade, deu parcial provimento às apelações.
(AC 0003108-44.1997.4.01.3600, JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, TRF1 - 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:12/09/2013 PAGINA:222.) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 QUE AUTORIZA A CONSTRUÇÃO DA UHE BELO MONTE NA VOLTA GRANDE DO

RIO XINGU E DELEGA AO IBAMA A OITIVA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS POTENCIALMENTE ATINGIDAS. ACRÉSCIMO FEITO NO TEXTO PELO SENADO SEM REEXAME PELA CÂMARA. ART. 65 PARÁGRAFO ÚNICO DA CF. VÍCIO FORMAL QUE NÃO CAUSOU PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. § 6º. DO ART. 231 DA CF/88. DELEGAÇÃO DE ATO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONGRESSO NACIONAL AO PODER EXECUTIVO (IBAMA) PARA A OITIVA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. MOMENTO DA CONSULTA AOS ÍNDIOS, § 3º DO ART. 231 DA CF/88.

- 1. O Congresso Nacional, mediante o Decreto-Legislativo 788/2005, autorizou a construção do complexo hidroelétrico de Belo Monte na Volta Grande do rio Xingu, no Estado do Pará.**
- 2. A UHE Belo Monte é considerada estratégica para o setor elétrico porque faria a integração das diferentes regiões hidrológicas por meio da interligação com o sistema elétrico. A UHE visa o abastecimento do Nordeste e Sudeste.**

3. A área de influência direta da UHE abrange os municípios de Vitória do Xingu, Altamira, Senador José Porfírio e Anapu, com a inundação dos igarapés Altamira e Ambé que cortam a cidade de Altamira, inundação de parte da área rural do Município de Vitória do Xingu, redução da água e jusante do barramento do rio na Volta Grande do Xingu e interrupção do transporte fluvial de Altamira para comunidades ribeirinhas a jusante, até o rio Bacajá.

4. O rio Xingu é utilizado como via fluvial para o transporte de passageiros e da produção extrativista regional. É o único acesso existente para a comunidade à jusante de Altamira até o rio Bacajá, incluindo comunidades garimpeiras e indígenas. Com a construção da barragem a 30Km à jusante de Altamira, o transporte ficará interrompido.

5. Os impactos imediatos incidirão sobre povos indígenas que possuem língua e culturas diferentes. O impacto da construção da UHE Belo Monte não será apenas ambiental, mas sistêmico por reassentamento, alagamento de aldeias e roças. A área da UHE será submetida a pressões migratórias, grilagem, ocupações clandestinas, garimpagem, extração de madeira.

6. *A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva.*
7. *As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88.*
8. *Sendo a oitiva das comunidades indígenas afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional.*
9. *O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do artigo 231 da CF/88.*
10. *Antes de autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar*

os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará.

11. A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição.

12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo IBAMA para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política.

13. Concluído o estudo de impacto ambiental e o laudo antropológico, o Congresso consultará os índios.

14. Agravo parcialmente provido. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Exa. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

(AG 0017006-45.2006.4.01.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUIN-

TA TURMA, DJ DATA:05/02/2007 PAGINA:147) (*grifos nossos*)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO CONCESSIVA DE PROVIMENTO LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL: NÃO-CABIMENTO. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO E QUE ATRAVESSA ÁREAS DE TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: COMPETÊNCIA DO IAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: REQUISITOS (ART. 24 DA LEI N° 8.666/93). APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS EM TERRAS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.

1. *Não cabe agravo regimental da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento (artigo 293, § 3º, do RI/TRF - 1ª Região).*

2. O objeto do agravo de instrumento, interposto contra decisão concessiva de provimento liminar, cinge-se ao reexame dos pressupostos para a sua concessão: *fumus boni juris e periculum in mora*.
3. É imprescindível a intervenção do IBAMA nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).
4. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.
5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.
6. Agravo regimental não-conhecido.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental da agravante e negou provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0025738-88.2001.4.01.0000, JUIZ ALEXANDRE MACHADO VASCONCELOS (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, DJ DATA:25/10/2001 PAGINA:424.) (grifos nossos)

11.2. Jurisprudência Internacional

11.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) enfrentou por 6 (seis) vezes o direito à consulta prévia, livre e informada.

O **primeiro precedente** foi o caso **Saramaka vs. Suriname** (2007)³¹. A comunidade tradicional Saramaka vive ao norte do Rio

³¹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C n. 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em:

Suriname. Na década de 1960, o território foi inundado pela construção da Usina Hidrelétrica Afobaka, causando seu deslocamento forçado. Houve redução dos recursos de subsistência, destruição de lugares sagrados e impactos ambientais. A Corte IDH condenou o Suriname pela violação do direito à consulta prévia:

122. Como foi mencionado anteriormente (pars. 85-96 supra), devido à conexão intrínseca entre os integrantes dos povos indígenas e tribais e seu território, para garantir sua sobrevivência é necessária a proteção do direito à propriedade sobre este território, de acordo com o artigo 21 da Convenção. Desse modo, o direito a usar e gozar do território careceria de sentido no contexto dos membros dos povos indígenas e tribais se este direito não estivesse conectado aos recursos naturais presentes dentro do território. Por essa razão, a reclamação pela titularidade das terras dos integrantes dos povos indígenas e tribais deriva da necessidade de garantir a segurança e a permanência do controle e uso dos recursos naturais, que por sua vez mantêm esse estilo de vida. Esta conexão entre o território e os recursos naturais necessários para sua sobrevivência física e cultural é exatamente o que é necessário proteger

de acordo com o artigo 21 da Convenção, a fim de garantir aos membros dos povos indígenas e tribais o uso e gozo de sua propriedade. A partir desta análise, entende-se que os recursos naturais presentes nos territórios dos povos indígenas e tribais protegidos nos termos do artigo 21 são aqueles recursos naturais usados tradicionalmente e que são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo.

[...]

126. *O Estado parece reconhecer que os recursos relacionados com a subsistência do povo Saramaka incluem os recursos relacionados com as atividades agrícolas, de caça e de pesca. Isso é consistente com a análise anterior da Corte sobre como o artigo 21 da Convenção protege o direito dos membros do povo Saramaka em relação aos recursos naturais que são necessários para sua subsistência física* (pars. 120-122 supra). Entretanto, ainda que seja certo que toda atividade de exploração ou de extração no território Saramaka poderia afetar, em maior ou menor grau, o uso e gozo de algum recurso natural utilizado tradicionalmente para a subsistência dos Saramaka, também é certo que não se deve interpretar o artigo 21 da Convenção de maneira que impeça o Estado de emitir qualquer tipo de concessão para a ex-

ploração ou extração de recursos naturais dentro do território Saramaka. A água limpa natural, por exemplo, é um recurso natural essencial para que os membros do povo Saramaka possam realizar algumas de suas atividades econômicas de subsistência, como a pesca. A Corte observa que este recurso natural será provavelmente afetado por atividades de extração relacionadas com outros recursos naturais que não são tradicionalmente utilizados ou essenciais para a subsistência do povo Saramaka e, portanto, de seus membros (par. 152 infra). De modo similar, as florestas dentro do território Saramaka proporcionam morada para os distintos animais que caçam para sobreviver, e é ali onde recolhem frutas e outros recursos essenciais para viver (pars. 82-83 supra e pars. 144-146 infra). Nesse sentido, as atividades das companhias madeireiras na floresta também poderiam afetar estes recursos de subsistência. Isto é, é muito provável que a extração de um recurso natural afete o uso e o gozo de outros recursos naturais necessários para a sobrevivência dos Saramaka.

(...)

E.2.a) Direito a ser consultado e, se for o caso, a obrigação de obter consentimento

133. Primeiro, a Corte manifestou que ao garantir a participação efetiva dos integrantes do povo Saramaka nos projetos de desenvolvimento ou investimento dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente esta comunidade, segundo seus costumes e tradições (par. 129 supra). Este dever requer que o Estado aceite e ofereça informação e implica numa comunicação constante entre as partes. As consultas devem realizar-se de boa fé, através de procedimentos culturalmente adequados e devem ter como objetivo alcançar um acordo. Além disso, o povo Saramaka deve ser consultado, de acordo com suas próprias tradições, nas primeiras etapas do projeto de desenvolvimento ou investimento e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for o caso. O aviso com antecedência proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para oferecer uma adequada resposta ao Estado. O Estado, além disso, deve assegurar-se de que os membros do povo Saramaka tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de salubridade, a fim de que aceitem o projeto de desenvolvimento ou investimento proposto com conhecimento e de forma voluntária. Por último, a consulta deveria levar em consideração os métodos tradicionais do povo Saramaka para a tomada de decisões. (grifos nossos)

A Corte IDH ainda fixou **cláusula geral do direito ao consentimento prévio, livre e informado**: se a medida causar “**impacto significativo no direito ao uso e gozo dos seus territórios ancestrais**”, que ameace a integridade física e cultural, o Estado tem a obrigação não só de consultar, mas também de obter o consentimento prévio, livre e informado do grupo:

134. Ademais, a Corte considera que, quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições... (grifos nossos)

O segundo precedente foi o caso da **Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Em 2008, o Governo do Paraguai, além de não demarcar o território indígena em prazo razoável, afeiou como “reserva natural” 4.175 hectares da área reclamada pelos indígenas sem consulta prévia:

301. Conforme as conclusões expostas no Capítulo VII relativo ao artigo 4 da Convenção Americana, a Corte dispõe que en-

quanto se entrega o território tradicional, ou se for o caso as terras alternativas, aos membros da Comunidade, o Estado deverá adotar de maneira imediata, periódica e permanente, as seguintes medidas: a) fornecimento de água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal dos membros da Comunidade; b) revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente de meninos, meninas e pessoas idosas, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e tratamento de vermifugação que respeitem seus usos e costumes; c) atendimento médico especial para as mulheres que estão grávidas, tanto antes do parto como durante os primeiros meses depois deste, assim como para o recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar uma alimentação adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade. (grifos nossos)

(...)

2.3. Sobre o decreto que declara parte da área reclamada como área silvestre protegida

155. Os representantes alegaram que se tivesse existido um mecanismo de consulta para a declaração da reserva natural privada, “teriam sido garantidos os direitos da Comunidade Xákmok Kásek, já que teria permitido um debate diante do projeto privado”. Ademais, ressaltaram que depois de quase dois anos da interposição da ação de inconstitucionalidade contra o decreto que dispôs a criação de uma área silvestre protegida em terras reclamadas pela Comunidade (pars. 83 e 84 supra), o Estado “não alcançou resultados definitivos sobre o tema”.

(...)

157. A esse respeito, a Corte considera que a fim de garantir o direito à propriedade dos povos indígenas, conforme o artigo 1.1 da Convenção, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros da Comunidade, conforme seus costumes e tradições, em relação com todo plano ou decisão que afete suas terras tradicionais e que possa implicar restrições no uso, gozo e desfrute destas terras, para assim evitar que isso resulte numa denega-

ção de sua subsistência como povo indígena. Isso é consante com as disposições da Convenção nº 169 da OIT, da qual o Paraguai é Estado parte.

E, DISPÕE Por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação.

12. O Estado deverá devolver aos membros da Comunidade Xákmok Kásek os 10.700 hectares reclamados por esta, na forma e nos prazos estabelecidos nos parágrafos 281 a 290 desta Sentença. (grifos nossos)

O terceiro **precedente** foi o caso do **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador** (2012). Trata-se do caso em que a Corte IDH mais aprofundou o tema. O Governo equatoriano concedeu a outorga para exploração petrolífera e de hidrocarbonetos a uma empresa privada dentro do território tradicional, “sem que se tivesse consultado, previamente, o povo e sem seu consentimento”. O Povo Kichwa de Sarayaku vive na Amazônia equatoriana. A outorga ocasionou contaminação do solo e das águas, perda de lugares sagrados e ameaças contra os líderes da etnia.

A Corte IDH desqualificou as reuniões conduzidas pela empresa petroleira enquanto reunião de consulta prévia, enfatizando que este processo deve ser coordenado pelo Estado:

B.5 Aplicação do direito à consulta do Povo Sarayaku neste caso

177. A Corte estabeleceu que para garantir a participação efetiva dos integrantes de um povo, ou comunidade indígena, nos planos de desenvolvimento, ou investimento, dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente e de maneira fundamentada essa comunidade, segundo seus costumes e tradições, no âmbito de uma comunicação constante entre as partes. Além disso, as consultas devem-se realizar de boa-fé, por meio de procedimentos culturalmente adequados, e devem ter por finalidade chegar a um acordo. Também deve-se consultar o povo, ou a comunidade, em conformidade com suas próprias tradições, nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento, ou investimento, e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, quando seja o caso. O Estado também deve assegurar que os membros do povo, ou da comunidade, tenham conhecimento dos possíveis benefícios e riscos, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento e investimento proposto. Por último, a

consulta deve levar em conta os métodos tradicionais do povo, ou da comunidade, para a tomada de decisões. O descumprimento dessa obrigação, ou a realização da consulta sem observar suas características essenciais, comprometem a responsabilidade internacional dos Estados.

(...)

a) *A consulta deve ser realizada em caráter prévio*

180. No que se refere ao momento em que se deve efetuar a consulta, o artigo 15.2 da Convenção n. 169 da OIT dispõe que “os governos deverão estabelecer, ou manter, procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de determinar-se se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de empreender-se, ou autorizar-se, qualquer programa de prospecção, ou exploração, dos recursos existentes nas suas terras”. Sobre o assunto, este Tribunal observou que se deve consultar, em conformidade com as próprias tradições do povo indígena, nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento, ou investimento, e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se fosse o caso, pois o aviso antecipado permite um tempo adequado para a discussão interna nas comunidades, e para oferecer uma adequada resposta ao Estado.

181. A esse respeito, a Comissão de Peritos da OIT estabeleceu, ao examinar uma reclamação em que se alegava o descumprimento da Convenção nº 169 da OIT por parte da Colômbia, que o requisito de consulta prévia implica que essa consulta deva ser realizada antes de tomar-se a medida, ou executar o projeto suscetível de afetar as comunidades, inclusive de medidas legislativas, e que as comunidades afetadas sejam envolvidas o quanto antes no processo. Quando se trate de consulta prévia à adoção de uma medida legislativa, os povos indígenas deverão ser consultados antecipadamente, em todas as fases do processo de produção normativa, e essas consultas não devem ser restritas a propostas.

182. A legislação e a jurisprudência nacional de vários países da região também referiram-se ao caráter prévio da consulta.

183. Tendo estabelecido que o Estado estava obrigado a realizar um processo de consulta prévia, em relação aos impactos e decisões posteriores originados no referido contrato de exploração petrolífera, pelo menos desde 1998 (par. 172 supra), o Estado devia ter garantido a participação do Povo Sarayaku e, por conseguinte, que não se realizassem atos de execução

da referida concessão dentro de seu território sem consultá-lo previamente.³²

184. Nesse sentido, não se questionou que o Estado não tivesse procedido a alguma forma de consulta com os Sarayaku em nenhuma das fases de execução dos atos de exploração petrolífera e mediante suas próprias instituições e órgãos de representação. Em especial, o povo não foi consultado antes de que fossem construídos heliportos, que se cavassem trilhas, que se disseminassem explosivos, ou se destruíssem áreas de alto valor para sua cultura e cosmovisão.

b) *A boa-fé e a finalidade de se chegar a um acordo*

185. De acordo com as disposições da Convenção nº 169 da OIT, as consultas deverão ser “efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

186. A consulta tampouco deve se esgotar num mero trâmite formal, mas deve ser concebida como “um verdadeiro instru-

32 Importante comentário sobre o tema está em Moreira, Eliane Cristina, *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais*. 1^a ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 173.

mento de participação”, “que deve responder ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos, e com vistas a alcançar um consenso entre elas”. Nesse sentido, é inerente a toda consulta com comunidades indígenas o estabelecimento de “um clima de confiança mútua”, e a boa-fé exige a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado, ou de agentes, ou terceiros que atuem com sua autorização ou aquiescência. Além disso, a mesma consulta, com boa-fé, é incompatível com práticas como as intenções de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja mediante a corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, seja por meio de negociações com membros individuais das comunidades, contrárias às normas internacionais. Do mesmo modo, a legislação e a jurisprudência nacional de Estados da região têm-se referido a esse requisito de boa-fé.

187. Cumpre salientar que a obrigação de consultar é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta.

188. Durante o processo, o Estado alegou que a companhia petrolífera CGC buscou, posteriormente à assinatura do contrato, um “entendimento” ou forma de “socialização” com as comunidades, visando à execução de suas atividades contratuais e que, além disso, realizou, em 1997, um estudo de impacto ambiental, por intermédio da Consultora Ambiental Walsh, subcontratada da companhia CGC, o qual foi atualizado e aprovado em 2002, após várias reformas legais e a entrada em vigor da Constituição de 1998 e de acordo com os artigos 34 e 41 do Regulamento Substitutivo do Regulamento Ambiental para as Operações Hidrocarboníferas. O Estado alegou que esse estudo havia sido “devida e oportunamente socializado com as comunidades afetadas, embora, de fato, nunca tenha sido colocado em prática”. Alegou também que, de acordo com o artigo 37 desse Regulamento, “em 18, 19 e 22 de junho de 2002 [a CGC efetuou] três apresentações públicas do Plano de Manejo Ambiental nas localidades de Canelos, Pacayacu e Shauk”. Nesses termos, da posição sustentada inicialmente pelo Estado perante este Tribunal, infere-se que as autoridades estatais pretendiam avalizar essas ações da empresa petrolífera como formas de consulta. Essas “apresentações” não incluíram os Sarayaku. Essa “socialização e contato” foi realizada precisamente pela mesma empresa que pretendia realizar a extração petrolífera e, por isso, tentava negociar a entrada no território.

189. Durante a visita da Delegação da Corte ao território Sarayaku, ao aceitar sua responsabilidade neste caso, o Estado reconheceu que não havia sido devidamente realizado um processo de consulta prévia (par. 23 supra), ou seja, o Estado não só reconheceu, desse modo, que não realizou a consulta, mas que, ainda que se aceitasse a possibilidade de que esse processo de consulta possa ser delegado a terceiros particulares, o Estado tampouco informou que tipo de medida havia adotado para observar, fiscalizar ou monitorar o processo ou dele participar e, desse modo, garantir a salvaguarda dos direitos do Povo Sarayaku.

190. Além disso, membros dos Sarayaku declararam que houve presença militar em seu território durante as incursões da empresa CGC, e que essa presença tinha por objetivo garantir os trabalhos da companhia frente a sua oposição. Durante a audiência, o Estado questionou que o Exército houvesse entrado com o objetivo de militarizar o território Sarayaku.

191. Não foi questionado que na zona do Bloco 23 operasse a Brigada da Selva nº 17 e que, especificamente ao redor dos Sarayaku, tivessem sido instaladas quatro bases militares, a saber, em Jatún Molino, Shaimi, Pacayaku e Pozo Landa Yaku. A testemunha Ena Santi, ao referir-se aos “Acampamentos de Paz e Vida”, declarou durante a audiência pública que o motivo por

*que criaram esses acampamentos foi o fato de que se haviam intelectuado de que “estavam subindo militares de Montalvo [...] e tinham] muito medo de que provocassem dano a [seus] esposos, de que os matassem, e por isso, ficamos aí”. A testemunha Marlon Santi, que esteve nos “Acampamentos de Paz e Vida”, declarou durante a audiência pública que “a empresa petrolífera tinha dois tipos de segurança: uma denominada segurança privada, feita por uma empresa de segurança privada, Jaraseg, e outra que era a segurança pública, a cargo do Exército equatoriano e da Polícia Nacional, em conjunto”. Esses depoimentos são apoiados por imagens tomadas por membros dos Sarayaku, e que constam dos autos, bem como por notas da imprensa e por um vídeo produzido pelos Sarayaku em 2003.²⁵⁸ Também é relevante que, em 30 de julho de 2001, o Ministério da Defesa tenha assinado um convênio de cooperação militar com as empresas petrolíferas que operavam no país, mediante o qual o Estado comprometeu-se a “garantir a segurança das instalações petrolíferas, bem como das pessoas que nelas trabalhem” (par. 78 *supra*). A esse respeito, o próprio Estado apresentou, como anexo de sua contestação, uma carta da companhia CGC à PETROECUADOR, de 16 dezembro de 2002, na qual seu representante solicita ao Estado que “providencie a segurança necessária para as operações petrolíferas, convocando, com urgência, a intervenção da Polícia Nacional e das For-*

ças Armadas". Em outra carta similar, de 25 de novembro de 2002, esse mesmo representante da CGC solicitou ao Estado, ante a oposição dos Sarayaku, que "forneça todas as medidas necessárias, que julgue convenientes para que, em conjunto com as forças armadas, facilite-se a execução do projeto de sísmica".

193. Dessa maneira, é possível considerar que o Estado apoiou a atividade de exploração petrolífera da empresa CGC, ao fornecer-lhes segurança com membros de suas forças armadas em determinados momentos, o que não favoreceu um clima de confiança e respeito mútuo para alcançar o consenso entre as partes.

194. Por outro lado, os atos da empresa, ao pretender legitimar suas atividades de exploração petrolífera e justificar suas intervenções no território Sarayaku, deixaram de respeitar as estruturas próprias de autoridade e representatividade dentro e fora das comunidades. A companhia CGC limitou-se a oferecer dinheiro e diversos benefícios econômicos ao Povo Sarayaku (assim como o fez com outras comunidades da área, pars. 73 a 75, 82 e 84 supra), com a finalidade de obter seu consentimento para realizar atividades de exploração e extração dos recursos naturais que existiriam em seu território, sem que o Estado conduzisse, ou supervisionasse, um processo sistemático e fle-

xível de participação e diálogo com a referida empresa. Além disso, segundo foi alegado e não questionado pelo Estado, a companhia CGC teria utilizado procedimentos fraudulentos para a obtenção de assinaturas de apoio por parte de membros da comunidade dos Sarayaku (par. 73 supra).

195. De fato, em 10 de abril de 2003, a Defensoria Pública da Província de Pastaza declarou que, neste caso, havia sido comprovado, “de forma plena”, que se havia violado o direito constitucional disposto no artigo 84.5 da Constituição Política do Equador, em concordância com o artigo 15.2 da Convenção nº 169 da OIT e com o Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Também responsabilizou por essas violações o Ministro de Energia e Minas e presidente da diretoria da PETROECUADOR, bem como o procurador e representante legal da CGC (par. 110 supra).

196. Por sua vez, em 8 de maio de 2003, após visitar o Povo Sarayaku, a Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional da República preparou um relatório no qual concluiu que “[o] Estado, por intermédio dos Ministérios do Meio Ambiente e Energia e Minas, violou o parágrafo 5 do artigo 84 da Constituição Política da República, ao não consultar a comunidade sobre os planos e programas de prospecção e extração de recursos não renováveis que se encontram em suas terras, e que

podem afetá-los ambiental e culturalmente". Essa Comissão do Congresso concluiu também que a CGC ignorou a diretoria da OPIP ao negociar diretamente com as comunidades de forma isolada, provocando o enfrentamento entre elas. Igualmente, constatou o dano à flora e à fauna do território. Quanto à população, afirmou em suas conclusões que "[e]xiste violação dos direitos humanos ao ocasionar um grave dano psicológico às crianças da comunidade, ao observar o enfrentamento com os militares, policiais e membros de segurança da CGC e, ao deter os dirigentes da OPIP, acusando-os de terroristas, os quais, por sua vez, foram objeto de maus-tratos físicos que afetaram sua integridade pessoal, o que é proibido pela Constituição Política da República" (par 106 supra).

197. Além disso, após a suspensão das atividades de prospecção, foram feitos alguns pronunciamentos de apoio à atividade petrolífera da empresa, por parte de altas autoridades da Província de Pastaza e do Governo da época, que não ajudaram a gerar um clima de confiança com as autoridades estatais.

198. É possível considerar, então, que a falta de consulta seria e responsável por parte do Estado, em momentos de alta tensão nas relações intercomunitárias, e com autoridades estatais, favoreceu, por omissão, um clima de conflito, divisão e enfrentamento entre as comunidades indígenas da região, em particular

o Povo Sarayaku. Embora haja notícias de várias reuniões entre diferentes autoridades locais e estatais, empresas públicas e privadas, a Polícia, o Exército e outras comunidades, é também evidente a desvinculação entre esses esforços e uma vontade clara de buscar consenso, o que propiciava situações de conflito.

199. O Estado, portanto, não só delegou, em parte, inadequadamente, a uma empresa privada, sua obrigação de consulta, em descumprimento ao referido princípio de boa-fé e a sua obrigação de garantir o direito do Povo Sarayaku à participação, mas também prejudicou o clima de respeito entre as comunidades indígenas da região, ao favorecer a execução de um contrato de extração petrolífera.

200. A Corte reitera que a busca de um “entendimento” com o Povo Sarayaku, levado a cabo pela empresa CGC, não pode ser entendida como uma consulta de boa-fé, na medida em que não consistiu em um diálogo genuíno como parte de um processo de participação com vistas a alcançar um acordo.

c) *A consulta adequada e acessível*

201. Este Tribunal estabeleceu, em outros casos, que as consultas a povos indígenas devem-se realizar mediante procedimentos culturalmente adequados, isto é, em conformidade com suas

próprias tradições. Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT dispõe que “os governos deverão [...] consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas”, bem como adotar “medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes, ou outros meios eficazes”, levando em conta sua diversidade linguística, particularmente nas áreas onde o idioma oficial não seja falado majoritariamente pela população indígena.

202. Do mesmo modo, a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT salientou que a expressão “procedimentos apropriados” deve-se entender com referência à finalidade da consulta e que, portanto, não há um único modo de procedimento apropriado, o qual deveria “levar em conta as circunstâncias nacionais e as dos povos indígenas, bem como [contextualmente] a natureza das medidas consultadas”. Assim, tais processos devem incluir, segundo critérios sistemáticos e preestabelecidos, diferentes formas de organização indígena, sempre que respondam a processos internos desses povos. A adequação também implica que a consulta tem uma dimensão temporal, a qual, novamente, depende das circunstâncias precisas da medida proposta, levando em conta o respeito às formas

indígenas de decisão. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência e a legislação interna de vários Estados se referem à necessidade de realizar-se uma consulta adequada.

203. No presente caso, a Corte considerou provado que a companhia petrolífera pretendeu relacionar-se diretamente com alguns membros do Povo Sarayaku, sem respeitar sua forma de organização. Também é fato reconhecido pelo Estado que não foi o Povo que realizou essa “busca de entendimento”, mas a própria companhia petrolífera. Assim, da posição sustentada pelo Estado perante este Tribunal, infere-se que o Estado pretendeu delegar, de facto, sua obrigação de realizar o processo de consulta prévia à mesma empresa privada que estava interessada em extrair o petróleo que existiria no subsolo do território Sarayaku (par. 199 supra). Pelo exposto, o Tribunal considera que esses atos realizados pela companhia CGC não podem ser entendidos como uma consulta adequada e acessível.

160. É por todo o exposto que uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas a medidas que afetem seus direitos e, em particular, seu direito à propriedade comunal é, justamente, o reconhecimento de seu direito à consulta, o qual está reconhecido na Convenção n. 169

da OIT, entre outros instrumentos internacionais complementares.

187. Cumpre salientar que a obrigação de consultar é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta.

(...)

e) A consulta deve ser fundamentada

208. Conforme se ressaltou, a consulta deve ser fundamentada, no sentido de que os povos indígenas tenham conhecimento dos possíveis riscos do plano de desenvolvimento ou investimento proposto, inclusive os riscos ambientais e de salubridade. Nesse sentido, a consulta prévia exige que o Estado aceite e preste informação, e implica uma comunicação constante entre as partes. A jurisprudência de tribunais nacionais e a legislação interna referiram-se a esse elemento da consulta.

209. No presente caso, a Corte constata que não se infere do acervo probatório que o alegado “entendimento” realizado pela

companhia CGC tivesse incluído a prestação da informação constante do estudo de impacto ambiental, nem que este houvesse servido para permitir que o Povo Sarayaku participasse de maneira ativa de um processo de diálogo adequado. Tampouco foi demonstrado que a alegada “socialização” do estudo estava relacionada a uma atividade de consulta ao Povo Sarayaku ou que houvesse servido de base para informá-lo sobre as vantagens e desvantagens do projeto em relação à sua cultura e forma de vida, no âmbito de um processo de diálogo destinado a chegar a um acordo. Portanto, a Corte considera que os atos da empresa não foram parte de uma consulta fundamentada.

210. Nesse sentido, há elementos para concluir que as constatadas faltas no processo da consulta devida pelo Estado, somadas às várias ações da empresa para fragmentar as comunidades, propiciaram confrontos entre as comunidades do Bobonaza e afetaram suas relações intercomunitárias. É por esse motivo que, ao ampliar as medidas provisórias em junho de 2005, a Corte considerou “particularmente necessário que as medidas que adot[assem] inclu[ísse]m ações que favore[cessem] a manutenção de um clima de respeito dos direitos humanos dos beneficiários [...] para assegurar os efeitos próprios da Convenção nas relações interindividuais”. Por essa mesma razão, o Tribunal solicitou ao Estado que, ao implementar as medidas, infor-

masse “as comunidades indígenas vizinhas sobre o sentido e alcance das medidas provisórias, tanto para o próprio Estado como para terceiros particulares, a fim de propiciar um clima de convivência entre elas”.

211. Em conclusão, a Corte constatou que não se efetuou um processo adequado e efetivo que garantisse o direito à consulta do Povo Sarayaku antes de executar ou autorizar o programa de prospecção ou extração de recursos que existiriam em seu território. Segundo análise feita pelo Tribunal, os atos da empresa petrolífera não atendem aos elementos mínimos de uma consulta prévia. Definitivamente, o Povo Sarayaku não foi consultado pelo Estado antes que se realizassem atividades próprias de extração petrolífera, disseminassem-se explosivos ou afetassem-se sítios de especial valor cultural. Tudo isso foi reconhecido pelo Estado e, de maneira categórica, constatado pelo Tribunal através dos elementos probatórios apresentados.

B.6 Os direitos à consulta e à propriedade comunal em relação ao direito à identidade cultural

212. Em relação ao exposto, a Corte reconheceu que “[a]o se desconhecer o direito ancestral das comunidades indígenas so-

bre seus territórios, poderiam ser afetados outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros". Uma vez que o gozo e o exercício efetivos do direito à propriedade comunal sobre "a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio", os Estados devem respeitar essa especial relação para assegurar sua sobrevivência social, cultural e econômica. Também foi reconhecida a estreita vinculação do território com as tradições, costumes, línguas, artes, rituais, conhecimentos e outros aspectos da identidade dos povos indígenas, salientando que "[e]m função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração esse patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas".

213. Segundo o princípio da não discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, o reconhecimento do direito à identidade cultural é ingrediente e via de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades indígenas protegidos pela Convenção e, segundo seu artigo 29.b), também pelos ordenamentos jurídicos internos.

214. A esse respeito, o princípio 22 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento reconhece que:

“[o]s povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável”.

215. Dois instrumentos internacionais têm particular relevância no reconhecimento do direito à identidade cultural dos povos indígenas: a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Vários instrumentos internacionais da UNESCO também desenvolvem o conteúdo do direito à cultura e à identidade cultural.

216. Por sua vez, tanto a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em casos em que se alegava a violação dos artigos 17.2 e 17.3 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, como o Comitê PIDESC e, em alguma medida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em casos relacio-

nados a minorias, referiram-se ao direito à identidade cultural e à dimensão coletiva da vida cultural das comunidades e povos nativos, indígenas, tribais e minoritários.

217. A Corte considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isso implica a obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que influenciam, ou podem influenciar, sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização. Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT reconhece as aspirações dos povos indígenas de “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”

(...)

B.10 Conclusão

231. Em oportunidades anteriores, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais, o Tribunal declarou violações em detrimento dos integrantes ou membros das comunida-

des e povos indígenas ou tribais. Entretanto, a legislação internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Tendo em vista que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção de uma perspectiva coletiva, a Corte salienta que as considerações de direito expressas ou expostas na presente Sentença devem ser entendidas nessa perspectiva coletiva.

232. O Estado, ao não consultar o Povo Sarayaku sobre a execução do projeto que impactaria, diretamente, no seu território, descumpriu suas obrigações, conforme os princípios do Direito Internacional e seu próprio direito interno, de adotar todas as medidas necessárias para garantir que os Sarayaku participassem, mediante suas próprias instituições e mecanismos, e de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização, da tomada de decisões sobre assuntos e políticas que exerciam, ou podiam exercer, influência em seu território, vida e identidade cultural e social, afetando seus direitos à propriedade comunal e à identidade cultural. Por conseguinte, a Corte considera que o Estado é responsável pela violação do direito à propriedade comunal do Povo Sarayaku, reconhecido no artigo

21 da Convenção, em relação ao direito à identidade cultural, nos termos dos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.

(...)

B.2 Garantias de não repetição

a) Devida consulta prévia

(...)

299. Embora não caiba pronunciar-se sobre novas rodadas petrolíferas que o Estado teria iniciado, no presente caso a Corte determinou que o Estado é responsável pela violação do direito à propriedade comunal do Povo Sarayaku, por não ter garantido adequadamente seu direito à consulta. Por conseguinte, o Tribunal dispõe, como garantia de não repetição que, caso se pretenda realizar atividades, ou projetos, de exploração, ou extração, de recursos naturais, os planos de investimento, ou desenvolvimento, ou de qualquer outra natureza, que impliquem potenciais danos ao território Sarayaku, ou a aspectos essenciais de sua cosmovisão, ou de sua vida e identidade culturais, o Povo Sarayaku seja prévia, adequada e efetivamente consultado, em plena conformidade com as normas internacionais aplicáveis à matéria.

300. O Tribunal recorda, nesse sentido, que os processos de participação e consulta prévia devem-se realizar de boa-fé, em todas as etapas preparatórias e de planejamento de qualquer projeto dessa natureza. Além disso, conforme as normas internacionais aplicáveis, nesses casos, o Estado deve garantir efetivamente que o plano, ou projeto, que envolva, ou possa potencialmente afetar o território ancestral, inclua a realização prévia de estudos integrais de impacto ambiental e social, por parte de entidades tecnicamente capacitadas e independentes, e com a participação ativa das comunidades indígenas envolvidas.

(...)

C.2 Dano Imaterial

(...)

b) Considerações da Corte

322. Ao declarar as violações dos direitos à propriedade comunal e à consulta, a Corte levou em conta os graves danos sofridos pelo Povo, considerando a profunda relação social e espiritual com seu território, em especial, pela destruição de parte da selva e certos lugares de alto valor simbólico.

323. Tendo em vista as indenizações ordenadas pelo Tribunal em outros casos, e em consideração às circunstâncias do presente caso, aos sofrimentos ocasionados ao Povo, à sua identidade cultural, aos prejuízos a seu território, em especial, pela presença de explosivos, bem como à mudança provocada em suas condições e modo de vida, e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram pelas violações declaradas nesta Sentença, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, a quantia de USD\$1.250.000,00 (um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para o Povo Sarayaku, a título de indenização por dano imaterial. Esse montante deverá ser entregue à Associação do Povo Sarayaku (Tayjasaruta), no prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença, para que invistam o dinheiro no que o Povo decida, conforme seus próprios mecanismos e instituições de tomada de decisão, entre outros aspectos, para a implementação de projetos educacionais, culturais, de segurança alimentar, de saúde e de desenvolvimento do ecoturismo, ou outras obras, com finalidades comunitárias, ou projetos de interesse coletivo que o Povo considere prioritários. (grifos nossos)

Pontos Resolutivos

341. Portanto,

A CORTE DECLARA:

Por unanimidade, que:

(...)

2. O Estado é responsável pela violação dos direitos à consulta, à propriedade comunal indígena e à identidade cultural, nos termos do artigo 21 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, em conformidade com o exposto nos parágrafos 145 a 227, 231 e 232 da presente Sentença.

(...)

E DISPÕE:

Por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui, per se, uma forma de reparação.

(...)

3. O Estado deve consultar o Povo Sarayaku de forma prévia, adequada, efetiva e em plena conformidade com as normas internacionais aplicáveis à matéria, no eventual caso de que se pretenda realizar alguma atividade ou projeto de extração de

recursos naturais em seu território, ou plano de investimento ou desenvolvimento de qualquer outra natureza que implique potenciais danos a seu território, nos termos dos parágrafos 299 e 300 desta Sentença.

4. O Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas, ou de outra natureza, que sejam necessárias para colocar plenamente em andamento e tornar efetivo, num prazo razoável, o direito à consulta prévia dos povos e comunidades indígenas e tribais, e modificar as que impeçam seu pleno e livre exercício, para o que deve assegurar a participação das próprias comunidades, nos termos do parágrafo 301 desta Sentença.

(...)

6. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 305 da presente Sentença.

O quarto precedente foi o caso da **Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras** (2015)³³. Não se trata de uma comunidade indígena, mas sim de comunidade tradicional:

48. El pueblo Garífuna constituye una cultura y un grupo étnico diferenciado, proveniente de un sincretismo entre indígenas y africanos, quienes han hecho valer sus derechos en Honduras como pueblo indígena. Los garífuna se identifican como un pueblo indígena heredero de los caribes insulares, con algunas manifestaciones culturales de origen africano siendo la auto identificación un criterio subjetivo, y uno de los criterios principales y determinantes recogidos en el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, a fin de ser considerado como pueblo indígena o tribal. (grifos nossos)

A comunidade não possuía o título de propriedade, e o Governo de hondurenho vendeu parte do território a megaprojetos tu-

33 CORTE IDH. Caso Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros vs. Honduras. Sentencia Serie C n.º 302 de 5 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

rísticos sem consulta prévia ao povo atingido. A Corte IDH se baseou em seus precedentes para declarar que:

162. *En este caso corresponde determinar si el Estado cumplió o no la obligación de garantizar el derecho a la consulta de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, tomando en cuenta que algunos de los elementos esenciales del referido derecho acorde a la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional son: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidadde llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.*

163. *Con relación a lo anterior, este Tribunal recuerda que es deber del Estado, y no de los pueblos indígenas, demostrar que en el caso concreto estas dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas. El incumplimiento de la obligación de consultar, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados. (grifos nossos)*

Sobre reuniões de trabalho entre as partes, mais uma vez a Corte IDH assinalou que elas não podem ser confundidas com o processo de consulta prévia:

173. Cabe señalar que, aún si el Estado habría probado que los talleres de socialización o información anteriormente referidos (supra párr. 93) efectivamente tuvieron lugar con la presencia de los representantes legítimos de la Comunidad, este Tribunal recuerda que la mera socialización con la Comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo. (grifos nossos)

O quinto precedente foi o caso da **Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras** (2015). O Governo concedeu título de exploração minerária a uma empresa privada no interior do território tradicional, sem a realização da consulta prévia. Na oportunidade a Corte IDH reafirmou sua a necessidade de consulta prévia ao povo atingido:

Quanto ao direito à consulta e à identidade cultural, a Corte considerou que a consulta deve ser realizada com anterioridade a qualquer projeto de exploração que possa afetar o território tradicional das comunidades indígenas ou tribais. Nesse sentido, a Corte considerou que em função do objeto da concessão, esta poderia gerar uma afetação direta sobre o território da Comunidade, o que requer a realização de uma consulta prévia à Comunidade. Em consequência, a Corte constatou que o Estado não realizou um processo adequado e efetivo que garantisse o direito à consulta da Comunidade Garífuna de Punta Piedra em relação ao projeto de exploração em seu território.³⁴ (grifos nossos)

O sexto e último precedente foi o caso dos **Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname** (2015)³⁵. Esses povos indígenas tiveram vários de seus direitos violados, desde a emissão de títulos individuais de propriedade em seu território até a concessão de título minerário à

34 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Boletim Jurisprudencial No. 4, p. 28.

35 Corte IDH. Caso de los pueblos Kaliñ y Lokono vs. Surinam. Sentencia Serie C n.. 309 del 15 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

empresa privada sem consulta prévia. A Corte IDH, mantendo hígida sua jurisprudência, constatou a violação do direito à consulta prévia, como se destaca no voto concorrente conjunto dos juízes Huberto Antônio Sierra Porto e Eduardo Ferrer MacGregor Poisot:

4. Uno de los aportes más significativos en materia indígena y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido la interpretación realizada al artículo 21 de la Convención Americana; así, la Corte ha desarrollado una interpretación que protege una de las realidades características de la región, la propiedad comunal de los territorios ancestrales. En este entendido, en los contextos de grandes proyectos o planes de desarrollo, inversión, exploración, explotación y extracción, la Corte ha creado una sólida línea jurisprudencial sobre la obligación de consulta a los pueblos indígenas y tribales, en la medida en que dichos proyectos, afecten tanto sus territorios como su forma de vida dentro de los mismos.

5. La Corte se ha pronunciado respecto de la consulta previa en cuatro casos relativos a pueblos indígenas o tribales, a saber: Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, y Caso

Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, ambos Vs. Honduras.³⁶

(...)

12. En vista de lo anterior, resulta claro que la participación efectiva aludida en el Capítulo B.4, párrafos 204 a 212 de la Sentencia, debe entenderse en el sentido de garantizar la consulta previa, libre e informada, de conformidad con los desarrollos jurisprudenciales de esta Corte en la materia. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar as íntegras das sentenças](#)

11.2.2. Corte Constitucional da Colômbia

11.2.3. Resumo do Caso

Uma das nações que mais tem discutido as questões relativas à consulta prévia, livre e informada é a Colômbia. No país, a Con-

36 O voto não considera caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai como precedente do direito à consulta prévia em razão de o tema ter sido central no debate.

venção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi ratificada por meio da “*Ley 21 de 1991*”.

Em 2018, na SENTENCIA SU-123/18, o Plenário da Corte Constitucional decidiu sobre a ação de tutela ajuizada pela comunidade indígena Awá, fundada em danos ambientais ocasionados pela exploração de hidrocarbonetos que afetaram a aldeia *La Cabaña*, no município de *Puerto Asís*. Além disso, os representantes alegaram não terem sido consultados, mesmo sendo diretamente atingidos pelo projeto de “*Desenvolvimento dos Campos Quinde, Cohembí e Quil-lacinga*” do consórcio *Colombia Energy*.

Na decisão, a Corte entendeu que a atividade petroleira na região afeta cabalmente os índios, trazendo impactos ambientais negativos que acometem a vida e a estrutura cultural da comunidade, ainda que a obra esteja fora da terra indígena. Foi constatado também o desrespeito aos padrões de diligências que os Estados e as empresas devem seguir em matéria de consulta prévia, especialmente os que estabelecem: (I) o dever de reconhecimento das comunidades; (II) o dever de diligências concernentes a terras, territórios e recursos naturais; e (III) o dever de consulta prévia, propriamente dito.

Por fim, relevante mencionar que o citado julgado, além de sua importância em particular para os indígenas Awá, serviu tam-

bém para unificar a jurisprudência colombiana existente há 20 anos concernente ao direito à consulta prévia, impondo também condições para aqueles que desejam explorar o solo ou subsolo em zonas que possam atingir povos indígenas ou outros grupos étnicos.

11.2.4. Extratos do Expediente T-4926682 - Sentencia SU-123/18

Dada la trascendencia del asunto, la Sala Plena unificó la jurisprudencia en torno al contenido y alcance del derecho a la consulta previa en los siguientes términos:

(i) Consideró que se trata de un derecho fundamental e irrenunciable y que su objetivo es intentar lograr, en forma genuina y mediante diálogo intercultural, el consentimiento de las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas (administrativas y legislativas)que las afecten. Así mismo, que debe guiarse por los principios generales de buena fe entre las partes, participación activa y efectiva de los pueblos interesados, diálogo intercultural, ausencia de derecho de voto, flexibilidad, información y respeto de la diversidad étnica y cultural.

(ii) Indicó que la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico, concepto in-

determinado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyan la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Las situaciones en las que ocurre afectación directa incluyen:

(i) el impacto en el territorio físico o el ocupado ancestralmente de la comunidad tradicional; o

(ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo. En este punto, precisó que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia, pues este último hace referencia a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación. A su vez, la Corte precisó las reglas para demostrar la afectación directa originada en la perturbación del territorio amplio y al ambiente, las cuales tienen en cuenta las condiciones culturales, económicas, políticas y sociales de la comunidad étnica diversa.

(iii) Aclaró que, para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, son criterios relevantes de interpretación los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en la Observación General

Número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie), y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas.

En este contexto, la Sala Plena recordó que la consulta previa es una manifestación del derecho a la participación, que en marco del principio de proporcionalidad se presenta en diferentes niveles que dependen del grado de afectación una comunidad: (i) la participación básica cuando no existe afectación directa, (ii) la consulta previa cuando existe una afectación directa, y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando existe una afectación intensa en los derechos del pueblo étnico.

(iv) Reiteró que debe existir una consulta del proceso para realizar una consulta previa, pero que, en todo caso, esta última opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad, o ante los cambios sustanciales (jurídicos o facticos) que impliquen la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas, pues en estos casos se renueva el deber de consulta previa. En este caso la consulta se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al

tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica.

Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).

(v) La Sala Plena concluyó que la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto no es suficiente para eximirse de la consulta previa, cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico. Por tal razón, la Corte consideró que esos certificados deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia.

(vi) Reseñó la obligación que tienen los intervenientes en el diálogo para materializar y cumplir lo pactado, y las respuestas de la administración pública ante la hipótesis de ausencia de acuerdo en la consulta previa.

En este caso, las autoridades competentes podrás adoptar y desarrollar decisiones debidamente motivadas y fundadas en los

principios de proporcionalidad, razonabilidad y el respeto de los derechos de las comunidades indígenas, sin perder de vista las diferentes posiciones y criterios de las partes durante el proceso de consulta.

(vii) La Sala Plena indicó que a la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para el efecto se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud -, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continua-

ción del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.

[Clique aqui para acessar a íntegra do expediente](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

12. Direito ao Protocolo de Consulta Prévia

“O OCIDENTE TENTOU IMPOR SEU PENSAMENTO COMO A FILOSOFIA UNIVERSAL. ESSE PENSAMENTO MODERNO, ‘SUPERIOR’, NO PRAZO DE TRÊS SÉCULOS, DEVASTOU E DEVASTA CICLOS DE VIDA, E ATÉ MESMO A CAPACIDADE DE REGENERAÇÃO E AUTOCLIMATIZAÇÃO DE NOSSA MÃE TERRA”

OLLANTAY ITZAMNA

(POVO QUECHUA/PERU)

12.1. Jurisprudência Nacional

12.1.1. Resumo do Caso

A palavra *protocolo* foi escolhida pelos indígenas para ensinar a sociedade hegemônica como cada etnia decide suas questões fundamentais. Construir o *protocolo* foi necessário em virtude do direito à consulta prévia: “os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (Convenção 169 OIT, art. 6º, 1, a).

Assim, todas as vezes que um projeto de lei ou uma rodovia, hidrelétrica, ferrovia, mineração etc. atingir um povo indígena, quilombola ou comunidade tradicional, estes devem ser consultados antes de o projeto ser aprovado. O problema estaria em como fazer a consulta, já que o Brasil possui mais de 300 etnias, além de milhares de comunidades quilombolas e tradicionais que também são sujeitos desse mesmo direito, e cada uma com um processo próprio de tomada de decisão.

O *protocolo*, ao informar à sociedade hegemônica o processo de tomada de decisão de cada povo ou comunidade afetada, tem

por objetivo o estabelecimento de um diálogo intercultural, fundamental para aplicação correta do direito à consulta prévia.

A região da Volta Grande do Xingu/PA é habitada por pescadores, ribeirinhos, indígenas e colonos de projetos de assentamentos rurais. Ela abriga três terras indígenas, cujos habitantes dependem do ciclo sazonal do rio Xingu. É a mesma região impactada pela Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte.

Uma mineradora chamada Belo Sun Mineração Ltda, subsidiária da canadense Belo Sun Mining Corp., recebeu Licença Prévia (LP) no processo de licenciamento para operar o que propaga ser a maior mina de ouro a céu aberto do Brasil. São duas cavas com cerca de 220 metros de profundidade. Elas formarão duas pilhas de terra e rochas de aproximadamente 200 metros de altura e uma barragem de rejeitos para 35 milhões de metros cúbicos. Na área existe arsênio, antimônio, chumbo, cobre e enxofre. Além disso, usa-se o cianeto como insumo no processo de beneficiamento do ouro.

O projeto ainda prevê a utilização de produtos nocivos e de um depósito de rejeitos às margens do rio Xingu, além da chegada de cerca de 2.100 trabalhadores diretos para a instalação e de 530 empregados para a fase operacional (sem considerar o deslocamento por atração), a abertura de uma vila de trabalhadores, o reassen-

tamento dos atingidos e a ampliação de estradas para instalação do maquinário e escoamento da produção também constam do projeto.

O processo de licenciamento estava em curso com potencial impacto sobre as terras indígenas (Paquiçamba, Arara do Maia e Ituna/Itatá), sem consulta prévia, livre e informada.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública com o objetivo de anular a Licença Prévia (LP) concedida ao empreendimento. Na discussão de como deveria ser realizada a consulta, o Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1) determinou, em decisão inédita, que devem ser observadas as formas de decidir de cada povo indígena afetado, expostas no protocolo de consulta.

12.1.2. Extratos do Acórdão

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINERAÇÃO. PROJETO VOLTA GRANDE DO XINGU DE MINERAÇÃO. IMPACTO EM TERRA INDÍGENA. EXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO LICENCIADOR ESTADUAL. ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA - ECI. NECESSIDADE

DE REALIZAÇÃO. DISCUSSÃO QUANTO AO MOMENTO: ANTES DA LICENÇA PRÉVIA OU NO DECORRER DA MESMA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MPF E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR, AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DOS ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS E NULIDADE DA SENTENÇA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADAS. MÉRITO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EMISSÃO DE LICENÇA PRÉVIA SEM O ECI. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPACTO. EMISSÃO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO SEM O ECI. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA REALIZADO A PARTIR DE DADOS SECUNDÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSULTA LIVRE E MOTIVADA DOS INDÍGENAS AFETADOS. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA CONVENÇÃO n. 169 DA OIT. ALEGADA OMISSÃO DA FUNAI A IMPOSSIBILITAR A ELABORAÇÃO DO ECI. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM AUTOS DISTINTOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

[...]

VI - Nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei". No plano internacional, por seu turno, tem-se a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19/04/2004, cujos arts. 6º, 7º e 15 dispõem, em síntese, acerca da obrigatoriedade de consulta dos povos indígenas na hipótese de realização de projetos de exploração dos recursos existentes em suas terras.

[...]

IX - A alegação, versada em petição incidental, no sentido de que a primeira apelante já teria apresentado o ECI exigido pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal não conduz à conclusão, no caso concreto, de que possível a continuidade do licenciamento ambiental, restaurando-se os efeitos da licença de instalação suspensa nos autos de agravos de instrumento interpostos contra decisão que recebera, apenas no efeito devolutivo, os recursos de apelação interpostos pelas rés. Isso porque o ECI

apresentado, conforme reconhece a primeira apelante, não se reveste dos requisitos necessários de validade, notadamente diante do fato de que foi elaborado a partir de dados secundários. Considerar o teor do ECI, ignorando a afirmação de que elaborado a partir de dados secundários, é contrariar o disposto na Constituição Federal e na Convenção n. 169 da OIT, que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida.

X - *Não modifica o entendimento acerca da imprestabilidade do ECI apresentado com base em dados secundários a alegação de que, após diversos contatos realizados com a FUNAI para que fosse agendada a apresentação do empreendimento aos indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu para a realização dos trabalhos de campo do ECI dentro dessas áreas, não foi possível sua realização, sendo que a autarquia não teria apresentado nova data para a retomada dos estudos. Isso porque a primeira apelante dispõe dos meios judiciais cabíveis para sanar a omissão da FUNAI no que se refere à definição das datas para a retomada dos estudos relacionados ao ECI. O que não lhe é permitido é que, diante da alegada omissão do órgão indigenista, o que deve ser apurado em ação própria, apresente estudo que não possui validade frente ao que determinam a Constituição Federal e a Convenção n. 169 da OIT. Não*

bastasse isso, as demais questões levantadas pela FUNAI, quanto à não observância do termo de referência para a elaboração do ECI, constantes de ofício cuja cópia fora juntada aos autos, também devem ser objeto de ação própria. É que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal diz respeito tão somente à validade do procedimento de licenciamento ambiental sem a prévia elaboração do ECI aprovado pela FUNAI, sendo que qualquer questão relacionada ao próprio estudo não pode ser objeto do presente feito, sob pena de indevido alargamento do objeto da demanda.

XI - A elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção n. 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de Relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas (AC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013). Nada obsta, contudo, na esteira do entendimento ora firmado, e considerando o transcurso do lapso de tempo decorrido desde a decisão, proferida em sede de agravo de instrumento, que autorizou a emissão da licença prévia ao

empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, que se mantenha a validade da referida licença, porém suspenda-se o curso do licenciamento ambiental, enquanto não satisfeitos os requisitos necessários.

XII - Reforma parcial da sentença, apenas para afastar a anulação da licença prévia do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, restando a emissão da licença de instalação condicionada à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT. Resalte-se que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

XIV - Recursos de apelação interpostos pelos réus aos quais se dá parcial provimento (item XII).

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos réus e, reformando em parte a sentença recorrida, afastar a declaração de nulidade da licença prévia emitida ao empreendimento Projeto Volta Grande do Xingu, condicionando a validade da licença de instala-

ção à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT, mantida, assim, a suspensão da LI. Ressaltar, por fim, que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

(ACORDÃO 00025057020134013903, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:19/12/2017) (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

13. Arrendamento de Terras Indígenas

“Ouça o que dizem os antigos. Preste atenção na fala dos velhos sábios, pois eles guardam a palavra criadora.”

AIRTON KRENAK

(POVO KRENAK/MG)

13.1. Jurisprudência Nacional

13.1.1. Resumo do Caso

Muito embora o arrendamento e a parceria agropecuária e extractiva em terras indígenas sejam condutas expressamente proibidas em nosso ordenamento jurídico, tais práticas são comumente verificadas em diversas regiões do Brasil.

No ano de 2013, por exemplo, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) ajuizou ação ordinária contra Antonio Willemann e outros, objetivando a declaração de nulidade de todo e qualquer negócio jurídico celebrado entre indígenas e arrendatários da Terra Indígena do Ivaí/PR.

O órgão indigenista pleiteou também o sequestro das lavouras pendentes de soja, milho e feijão ilegalmente implantadas; a determinação de colheita e depósito da safra em cooperativa agrícola e a reversão dos frutos da respectiva venda em prol da coletividade indígena, mediante projetos previamente acordados.

A sentença julgou procedente a demanda da FUNAI e o Tribunal Regional Federal da 4^a Região (TRF-4), por unanimidade, confirmou esse entendimento.

13.1.2. Extratos do Acórdão

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FUNAI. ARRENDAMENTO AGRÍCOLA DE TERRA INDÍGENA. ILEGALIDADE. RESSARCIMENTO. BOA-FÉ. INEXISTÊNCIA.

1. *As terras indígenas, pertencentes à União, são inalienáveis e indisponíveis, insuscetíveis a exploração de terceiros senão pelos próprios índios, observando as regras estabelecidas pela FUNAI.*
2. *A Constituição Federal garante aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo de suas terras, reputando nulos e sem efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo.*
3. *Não há como reconhecer-se a validade dos contratos de arrendamento que tem por objeto terras indígenas, nem a boa-fé dos arrendatários, pois não é crível que desconhecessem a ilegalidade da exploração agrícola no local, principalmente em virtude da tramitação de Inquérito Policial, destinado a apurar tais fatos.*

(TRF4. Apelação Cível N^º 5000913-22.2013.4.04.7006/PR.
Desembargadora Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha. 4^a
Turma. DJe 29.5.2017) (grifos nossos)

Do voto da Relatora extraem-se os seguintes termos relativos ao arrendamento em terras indígenas:

Cinge-se a controvérsia em saber se são nulos os contratos de arrendamento firmados entre os indígenas residentes na Terra Indígena do Ivaí e os requeridos.

A existência do arrendamento é incontrovertida, à vista dos documentos acostados no evento 1, INQ4 a INQ9, sobretudo INQ7 a INQ9, bem como das contestações acostadas pelos próprios réus, que confirmam o negócio jurídico entabulado com os indígenas.

Ademais, conforme laudo pericial acostado no evento 275, foram encontrados 1.448,9745 hectares de lavouras, sendo que a margem líquida de lucro total das lavouras arrendadas dentro da Terra Indígena do Ivaí foi apontada pelo perito como sendo de R\$ 758.195,44.

Na senda do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ação popular ajuizada para demarcação das terras indígenas Raposa do Sol, 'todas as 'terras indígenas' são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF)' (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049).

Com efeito, a Constituição Federal, referente ao tema, dispõe:

"Art. 20. São bens da União:

(...)

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

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

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

Como se vê, a Constituição Federal garante aos índios o uso-fruto exclusivo das riquezas do solo de suas terras, reputando nulos e sem efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo.

A par disso, a Lei nº 6.001/73 prevê no art. 18:

“Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.”

Por ser bem pertencente à União, a exploração de terras indígenas por terceiros não índios é coibida, inclusive, penalmente, sendo que referida conduta se subsume no tipo previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91, pelo qual respondem alguns dos requeridos nos autos nºs 5000182-26.2013.404.7006 e 5000427-08.2011.404.7006. (grifos nossos)

Os requeridos invocaram o art. 17, item 2, da Organização Internacional do Trabalho para justificar a possibilidade de arrendamento das terras da comunidade indígena. Referido dispositivo prevê o seguinte:

“2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.”

Não lhes assiste razão. O mesmo art. 17, no item 3, dispõe que “dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes”. E no art. 18 complementa:

“A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.”

É evidente que o art. 17.2 deve ser interpretado em conformidade com o ordenamento jurídico de cada Estado signatário da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. É o que dispõe o art. 34 do referido diploma legal. E, no ordenamento jurídico brasileiro, não há espaço para o arrendamento de terras indígenas, porque os índios possuem o usufruto exclusivo de suas terras, que são pertencentes à União.

É evidente, portanto, que os contratos de arrendamento entabulados entre os indígenas e a parte requerida não podem subsistir, sendo esse o entendimento do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

(...)

Não socorre os réus a alegação de que a conduta estaria tacitamente deferida pela Fundação Nacional do Índio em virtude da ciência de servidor da ré. A parte autora comprovou por meio dos documentos acostados no evento 229 o esforço daquela fun-

dação em esclarecer e orientar a população indígena sobre a proibição do arrendamento das terras pela legislação.

Ademais, eventual ciência e conivência de servidor a respeito do arrendamento ilegal não retira a ilicitude do negócio jurídico, mas sujeita o agente às penalidades civis, penais, administrativas, além daquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Também não se pode concluir, a partir dos documentos acostados aos autos, que o arrendamento indígena tenha favorecido a comunidade local. Comparando-se o valor da margem líquida de lucro apontada pelo laudo pericial com as benfeitorias apresentadas, não se pode dizer que houve significativa melhora na qualidade de vida dos índios que habitam a Terra Indígena do Ivaí, cabendo salientar que o perito afirmou que “os índios apresentam como melhoria de vida alguns veículos (ônibus, ambulância e automóvel) que se encontram necessitando manutenção, portanto fora de operação” (evento 275).

De acordo com o art. 1.255 do Código Civil, “aquele que semia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.”

No caso dos autos, não há como reconhecer a boa-fé dos arrendatários.

Ninguém se escusa de cumprir a lei, sob o argumento de não a conhecer. Tal disposição se encontra prevista expressamente no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

E, nesse caso, o Estatuto do Índio proíbe expressamente o arrendamento de terras indígenas (art. 18), sendo a Constituição Federal expressa no sentido de que pertencem à União (art. 20, XI), que se destinam ao usufruto exclusivo dos índios e que são nulos os atos destinados à transferência da posse a não índios (art. 231, §§ 2º e 6º).

Outrossim, desde 2009 tramita o Inquérito Policial nº 2009.70.06.001685-6 destinado a apurar a existência de arrendamento ilegal nas terras indígenas, não sendo crível que os requeridos, todos ocupando áreas de terra na mesma localidade, não tivessem conhecimento da investigação policial.

Assim, a posse dos requeridos sobre as áreas objeto de arrendamento não podem ser considerada de boa-fé, à luz do que dispõem os artigos 1.201 e 1.202 do Código Civil:

(...)

Não se olvide que a União é a proprietária das terras indígenas objeto destes autos, e o Código Civil determina o perdimento em favor do proprietário das plantações efetuadas em solo alheio. Contudo, a União não é parte neste processo, e ainda que caiba a ela a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos (art. 2º da Lei nº 6.001/73), tal proteção se concretiza por meio da Fundação Nacional do Índio, pessoa jurídica criada pela Lei nº 5.371/67 com essa específica finalidade.

Demais disso, o art. 231, § 2º, da Constituição Federal, atribui aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, ao passo que os arts. 43 e 45, § 1º, da Lei nº 6.001/73, dispõem que 'a renda indígena é a resultante da aplicação de bens e utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, sob a responsabilidade do órgão de assistência ao índio' e que 'o Ministério do Interior, através do órgão competente de assistência aos índios, representará os interesses da União, como proprietária do solo, mas a participação no resultado da exploração, as indenizações e a renda devida pela ocupação do terreno, reverterão em benefício dos índios e constituirão fontes de renda indígena', de modo que o resultado das plantações decorrentes dos arrendamentos ilícitos deve ser empregado em favor da comunidade indígena.

Por essas razões, é de rigor o perdimento dos valores em dinheiro depositados nos autos e dos grãos acautelados junto à COAMO – Agroindustrial Cooperativa em favor da Fundação Nacional do Índio, cabendo a esta realizar o procedimento de alienação dos bens, conforme dispõe a legislação, destinando o produto a projetos e ações que beneficiem a comunidade indígena que habita a Terra Indígena do Ivaí.

(...)

A Lei n.º 6.001/73, também conhecida como Estatuto do Índio, está em consonância com a ordem constitucional, alinhada na política de proteção ao indígena.

A tais normas, não se sobrepõe disposições outras, inclusive as previstas na Convenção n.º 126 da OIT.

Nesse contexto normativo, não há como reconhecer a validade dos contratos de arrendamento que tem por objeto terras indígenas, nem a existência de boa-fé dos arrendatários, pois não é crível que desconhecessem a ilegalidade da exploração agrícola no local, principalmente em virtude da tramitação do Inquérito Policial nº 2009.70.06.001685-6, destinado a apurar dos fatos.”

(TRF4. Apelação Cível N^º 5000913-22.2013.4.04.7006/PR. Desembargadora Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha. 4^a Turma. DJe 29.5.2017) (grifos nossos)

13.1.3. Acórdãos e Decisões Correlatas

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: [...] (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973).

(*STF. PET 3388/RR. Ministro Relator Carlos Ayres Britto. DJe 19.3.2009*) (*grifos nossos*)

Em juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Isso porque não se pode afirmar, nesta etapa inicial, que o encarceramento cautelar do paciente seja completamente desrido de justificativas.

Com efeito, foram apontados elementos concretos que evidenciaram a necessidade da custódia antecipada, destacando o Tribunal a quo, em especial, que 'a prática contínua de crimes envolvendo o contexto do arrendamento ilegal de terras indígenas por longo período, sem mudança de conduta mesmo após diversas ações estatais de conscientização e de compromisso, inclusive decisão judicial contendo proibição da prática de arrendamento ilegal, caracteriza a necessidade de assegurar a ordem pública' (e-STJ fl. 123), e que, "tratando-se de possível organização criminosa, é justificável que a prisão preventiva para fins de assegurar a ordem pública, diante da gravidade da restrição imposta à liber-

dade, recaia sobre líderes, mentores e organizadores, com papel com relevante na organização, diante da sua maior capacidade de rearticular o esquema criminoso” (e-STJ fl. 124).

Diante disso, ao menos neste juízo perfunctório dos autos, não há flagrante ilegalidade apta a ensejar o deferimento da liminar pleiteada, mostrando-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção juntados aos autos, o que ocorrerá por ocasião do julgamento definitivo do writ.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

(STJ. HC nº 448770/RS. Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro. DJe 18.5.2018) (grifos nossos)

Do arrendamento de terras indígenas

As terras tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas são bens da União (art. 20, caput, XI, da Constituição Federal), cabendo a sua posse permanente e o usufruto exclusivo das utilidades e riquezas naturais existentes aos índios e às comunidades indígenas que tradicionalmente ocuparam a área (art. 2º, IX, e 22, caput, ambos da Lei n. 6.001/73 – Estatuto do Índio).

A respeito da extensão a ser considerada em relação ao usufruto exclusivo, o art. 24, caput, do Estatuto do Índio é claro:

“Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.”

Com a publicação da Lei nº 6.001/73 passou a ser expressamente proibido não só todo e qualquer arrendamento de terras indígenas, mas qualquer ato que tenha por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos índios ou pelas comunidades indígenas. Somente excepcionalmente foi permitida a continuidade de algum eventual arrendamento existente quando a referida Lei entrou em vigor, conforme seus arts. 18 e 62:

“Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática

da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.”

[...]

“Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde

que a sua extinção acarrete graves consequências sociais.”

A partir de 1988, a proibição de atos de ocupação, domínio ou posse das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas foi alçada ao status de norma constitucional, trazida pelo art. 231, § 6º, da hodierna Carta Magna:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

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

da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

Ressalte-se que, ao contrário do usufruto comum, estabelecido pela legislação civil, o usufruto vitalício conferido aos grupos indígenas não permite o uso e a fruição mediante arrendamento, não se aplicando o art. 1399 do atual Código Civil. Há vedação legal à celebração de contrato de arrendamento ou parceria na exploração de terras de propriedade pública, excepcionados apenas os casos relacionados a razões de segurança nacional, áreas de colonização pioneira, na sua fase de implantação, ou forem as terras ocupadas antes de 1964 por posseiros em posse pacífica e com justo título (art. 94, caput e parágrafo único, da Lei n. 4.504/64 – Estatuto da Terra).

Os exatos contornos a serem considerados aos diretos decorrentes do usufruto conferido aos indígenas já foram delineados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da PET n. 3.388/RR. Na ocasião, o relator, saudoso Ministro Carlos Menezes Direito, assentou que, dentre outras restrições, “(...) 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;”, apontando, ainda, que 15) é vedada, nas terras indí-

genas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária extrativa (...)" (PET n. 3.388/RR, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, excerto do voto do Min. Min. Carlos Brito, Informativo n. 532, de 08 de dezembro de 2.008).

Mesmo a existência de atividade agropecuária, decorrente de parceria agrícola celebrada entre o grupo indígena e terceiros, é expressamente proibida, conforme norma contida no art. 18, § 1º, do Estatuto do Índio, acima transcrito. Nenhuma pessoa estranha à comunidade indígena, sob qualquer pretexto e por melhores que fossem suas intenções, mesmo de comum acordo com pessoas a se identificarem como líderes ou chefes indígenas, poderia praticar atividade agrícola na propriedade da União, em usufruto vitalício do grupo indígena.

Aos indígenas não cabe, em hipótese alguma, por qualquer forma, arrendar, gravar de ônus, alienar ou fornecer, por qualquer forma, áreas de terras dentro de reserva indígena. São os silvícolas meros usufrutuários das terras, de propriedade da União.

Existe arrendamento quando o pacto celebrado contém todas as características a informarem a presença desse

contrato típico, pouco importando o nome em juris que os contratantes tenham utilizado. A respeito, é explícito o art. 112 do Código Civil ao estabelecer que "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

(...)

Pois bem, estabelecidas essas premissas, há de se afirmar que, juridicamente, não são reconhecidos os supostos contratos de arrendamento firmados pela Comunidade Indígena – ou por seus representantes.

A situação fática, no entanto, traz outra realidade.

A farta documentação anexada nos processos nºs 5003364-75.2013.4.04.7117, 5003895-64.2013.404.7117, 5001756-08.2014.404.7117 e 5001853-08.2014.404.7117 demonstra cabalmente que os réus agiram em conluio com o objetivo de auferir lucros através do arrendamento de área cultivável na Terra Indígena Ventarra, em detrimento dos indígenas que lá residem. Nesse sentido, há comprovação de que Elton Paulo Talian concedia crédito aos indígenas para ser gasto no mercado de sua propriedade (Mercado Atacadão do Povo), o qual era pago através dos rendimentos da safra, mediante auxílio direto do

cacique Leonel Caetano Chaves e do servidor da Funai Mauro Luis Wagner.

Além disso, o comerciante Gilson Antônio Marini, através da empresa Agropecuária Ágil Eireli ME, fornecia os insumos agrícolas e o agricultor Valmor Tomazini, auxiliava com seus conhecimentos no cultivo, sendo que ambos forneciam o maquinário necessário em todas as fases produtivas a fim de viabilizar a colheita das áreas irregularmente arrendadas.

Tal prática configura o arrendamento rural das terras indígenas, que são de propriedade da União, havendo violação à lei.

Tem-se, assim, em que pesa a vedação legal, a existência fática do plantio na Terra Indígena de Ventarra pelos réus, bem como o favorecimento dos demandados em detrimento da comunidade indígena. Diante disso, a presente medida cautelar visa resguardar patrimônio suficiente para garantir o resultado final de futuro resarcimento do montante ilegalmente obtido.

(TRF4. AI 5004796-67.2018.4.04.0000/RS. Desembargadora Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJe 25.5.2018) (grifos nossos)

DIREITO CONSTITUCIONAL. TERRA INDÍGENA DE XAPECÓ. PLANO DE EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA DE GLEBAS SITUADAS NA TERRA INDÍGENA, ENGENDRADO PELA LIDERANÇA INDÍGENA E EMPRESA DE CONSULTORIA, MEDIANTE CONTRATOS ILEGAIS DE ARRENDAMENTO RURAL FIRMADOS COM PRODUTORES RURAIS.

Contratos de arrendamento rural de terra indígena são expressamente vedados no art. 18 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio).

No caso, os contratos promoveram a concentração de renda, em benefício de alguns poucos indivíduos e famílias, em detrimento da maioria dos membros da comunidade, e minaram os laços de solidariedade inerentes à cultura indígena. Confirma-se a condenação da liderança indígena e da empresa de consultoria e respectivos sócios, mentores do Plano de Gestão Territorial da Terra Indígena Xapecó, a ressarcir à Terra Indígena os valores recebidos por conta de contratos de arrendamento rural firmados ilegalmente com produtores rurais locais. Apelações desprovidas.

(TRF4 – AC N^º 5004146-50.2015.4.04.7202/SC. Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia (convocado). 4^a Turma. DJe 31.1.2018) (grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. ARRENDAMENTO DE TERRAS INDÍGENAS. ARRESTO DAS PLANTAÇÕES. PREJUÍZOS AOS ÍNDIOS.

A prática de arrendamento de terras indígenas é ilegal e deve ser coibida, contudo o deferimento do arresto das plantações já realizadas nas aludidas terras não parece ser útil e adequada ao caso. Afinal, o postulado poderá ter efeito inverso do pretendido pelo Ministério Público Federal, porquanto pelas circunstâncias apresentadas nos autos poderá trazer prejuízos aos índios e não coibirá a prática de tal conduta criminosa.

(TRF4. Apelação Criminal 2004.71.04.001937-6. 7^a Turma. Desembargador Relator José Luiz B Germano da Silva. DJE 21.7.2004)

ADMINISTRATIVO. RESERVA INDÍGENA DA GUARITA-RS. PRESERVAÇÃO DA POSSE DAS COMUNIDA-

DES INDÍGENAS KAINGANG E GUARANI, COM EXCLUSÃO DE ARRENDATÁRIOS QUE OCUPAVAM GRANDE PARTE DA ÁREA DA RESERVA. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA E DE FORNECIMENTO DE MEIOS PARA O CULTIVO DA TERRA PELOS ÍNDIOS. LEGITIMIDADE DA FUNAI E DA UNIÃO.

1. A União e a FUNAI são solidariamente responsáveis pela proteção da posse das comunidades indígenas sobre as áreas demarcadas.

2. Situação em que grande parte da reserva indígena da Guarita, demarcada em favor das Comunidades Guarani e Kaingang, foi ocupada por agricultores, mediante irregulares contratos de arrendamento da área, resultando no desmatamento de florestas, empobrecimento do solo e confinamento de grande parte dos índios em área diminuída de suas terras, os quais vêm subsistindo em condições de absoluta miserabilidade.

3. Considerando que as comunidades indígenas em exame estão em processo de integração, não se pode pretender simplesmente assegurar a posse da área demarcada, já em grande parte desmatada e com solo empobrecido, fechar a reserva e entregar os índios à própria sorte, como se ainda fossem absolutamente os

mesmos encontrados no território brasileiro, quando os portugueses aqui chegaram.

4. Necessidade de lhes assegurar o usufruto efetivo das terras, com o reflorestamento da área da reserva, a recuperação do solo e o fornecimento de recursos adequados ao seu grau de integração com a nossa comunidade.

5. Não ofende o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, a decisão judicial que, ao identificar omissão e negligência dos entes protetivos, e a consequente situação de profunda miserabilidade em que vivem as comunidades indígenas, por força da intromissão desmedida, desorganizada e irresponsável de nossa cultura nos seus usos, costumes e tradições, determina aos entes públicos responsáveis, União e FUNAI, que deem cumprimento às suas obrigações, fazendo o óbvio, destinando recursos orçamentários e adotando providências de ordem prática para garantir a posse e a subsistência digna dessas comunidades, de forma a manter os usos, costumes e as tradições que ainda preservam. 6. Apelações e remessa oficial desprovidas.

(TRF4, AC 2000.04.01.091484-5, Terceira Turma, Relatora Taís Schilling Ferraz, DJ 07/05/2003)

EXPLORAÇÃO DE MATÉRIA PRIMA PERTENCENTE À UNIÃO. ART. 2º DA LEI 8.176/91. AUTORIA E MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - *Comprovado nos autos que houve, através de contrato de arrendamento firmado pelos apelantes com terceiro, exploração de riquezas (plantio e extração de árvores) pertencentes à Reserva Indígena do Guarita, terras de propriedade da União, correta a condenação.* - *Os danos causados pelos apelantes à União e à coletividade não podem ser mensurados apenas pelo aspecto econômico, mas sim pelo aspecto da devastação ilegal da riqueza natural, causada com a derrubada de árvores para o fabrico de carvão, o que impede a aplicação do princípio da insignificância.* - *Apelações improvidas.*

(TRF4. ACR 200204010082824. Relator Manoel Lauro Volkmer de Castilho. 8ª Turma. DJ 20/08/2003)

Compulsando os presentes autos, verifico que o Relatório produzido pela Polícia Militar da Bahia, no Inquérito Policial Militar instaurado para apurar os crimes em tela, relata o seguinte fato:

“A rodovia estadual BA-667 liga os municípios de Pau Brasil e Itaju do Colônia, passando por dentro da Reserva Indígena Pataxó Caramuru-Catarina-Paraguaçu, constituída por uma comunidade em torno de 2400 silvícolas, liderada pelos Cacique Gerson e Vicecacique Nailton. A Fazenda São Lucas, a 6km de Pau Brasil, às margens desta estrada, serve de sede. Aí se encontra instalado o Posto Indígena batizado com o nome de PIN – Catarina Paraguaçu, mantido pela FUNAI (...).”

Na aludida Reserva são históricas as lutas pela posse da terra, repetindo-se com freqüência refregas, quase sempre sangrentas, entre Silvícolas e Fazendeiros. Tudo começou há muitas décadas passadas quando os índios concordaram em arrendar pastos para criadores de gado bovino os quais, mais tarde, pelos benefícios que construíram nessas áreas, tornaram-se verdadeiros Fazendeiros, alguns em respeitáveis sedes e currais arquitetônicos, explorando, também, o cacau, cultivo predominante e muito rentável na região. Em determinado tempo, o Governo Estadual emitiu títulos de propriedade dos respectivos espaços localizados no interior da área destinada pela União para habitat dos índios; estes, julgando-se donos, ao bel prazer elegem as Fazendas que vão se apoderar, expulsando, com atitudes violen-

tas, os ocupantes da terra, sem poupar velhos, mulheres, crianças ou empregados. Sabe-se existir, na esfera judicial, processos que buscam a definição destas questões, um deles envolvendo 450 (quatrocentas e cinqüenta) fazendas; os índios, porém, ostensivamente declararam não mais aguardar esta sentença e põem em prática suas iniciativas em flagrante desrespeito à Justiça, justificando seus atos na morosidade do processo legal, que há dezessete (17) anos não se define!

(TRF1. AI 2006.33.11.002404-1/BA. Juiz Federal Klaus Kuschel. DJe 6.2.2007) (grifos nossos)

Pelo que foi exposto, entendo que restou demonstrada a existência e a perambulação de pataxós pela região do conflito em período bem anterior à criação da reserva Caramuru-Paraguassu, ou, mais precisamente, ainda no século XIX. O relato de Wied-Neuwied não é estudo antropológico, mas ponto de partida para estabelecer as premissas que devem nortear o exame da questão. O mérito relativo a questão dominial da área está em discussão em ação no Colendo Supremo Tribunal Federal.

Assim, cabe examinar a situação fática existente, não perdendo de vista, em momento nenhum, que houve a reserva de uma

área destinada aos indígenas por lei estadual no ano de 1926, sendo a área demarcada em 1937, com cerca de 54.000 hectares que, segundo informações constantes em parecer de lavra do insigne Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Miguel Reale, foi reduzida para 36.000 hectares em virtude de acordo entre os Governos Federal e Estadual.

Além de tal acordo, não se pode deixar de reconhecer que a Lei nº 1916/26 do Estado da Bahia, que reservou a área, também resguardou o direito de eventuais ocupantes.

Ocorre, porém, que o próprio Serviço de Proteção ao Índio, em uma desastrada e ilegal atuação, pois não se pode atribuir outro nome, a partir de 1940, passou a arrendar partes da terra a diversos fazendeiros, com objetivos e por razões que não são objeto de discussão neste feito.

Aproveitando-se de tal ato reprovável do órgão federal, o Governo da Bahia, que não havia transferido formalmente o domínio das terras, houve por bem conceder os títulos de domínio aos arrendatários, o que ocorreu entre os anos de 1970 e 1980, por entender que as terras eram devolutas do Estado, o que autorizaria os atos praticados.

Entre o início dos arrendamentos e a titulação das terras, como aconteceu ao longo da história brasileira, os índios foram sendo expulsos de seu habitat, o que, não resta dúvida, é a causa da gradual diluição da população indígena na região, especialmente quando da inspeção realizada pelo Serviço de Proteção ao Índio.

(TRF1. AI 2003.01.00.016533-1/BA. Desembargadora Relatora Selene Maria de Almeida. DJe 8.10.2004) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

14. Direito à Função Contramajoritária do Judiciário

"AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE NÓS CONQUISTAMOS EM 1988 COM MUITO ESFORÇO SÃO, MAIS DO QUE NUNCA, NECESSÁRIAS NESTE MOMENTO EM QUE NOSSOS DIREITOS ENCONTRAM-SE AMEAÇADOS"

JOÊNIA WAPICHANA

(POVO WAPICHANA/RR)

14.1. Jurisprudência Nacional

14.1.1. Resumo do Caso

O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal (STF) pela “validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis...” Embora não trate especificamente de direitos indígenas, a decisão do STF se refere à sua função contramajoritária que deve ser exercida em todos os processos judiciais em que uma das partes é minoria.

14.1.2. Extratos do Acórdão

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

(...)

(ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

O voto vogal do Ministro Celso de Mello, assim detalhou o entendimento:

A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

Examoно, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), pôs-se em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam “parceria minoritária (...) da população”, como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a exis-

tência declarada, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas nas transformações por que passa a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homossexual como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das

instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo - representando a maioria da população brasileira - exclui, marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), nem a maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra implicações dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifos nossos)

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos

minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO –

MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

(...)

Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

(...)

Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

(...)

Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

(...)

É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

(...)

Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)."

Também o eminent e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195- -196, item n. 8, 5^a ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apoia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se comprehende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias po-

líticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: ‘Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro’. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas ‘Considerations on Representative Government’, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (‘of true and false

Democracy'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.'

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou sim-

plesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminent Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

“Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.”

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

15. Direito à Indenização por Dano Etnoambiental

“EM CADA DECISÃO, DEVEMOS CONSIDERAR SEU IMPACTO SOBRE AS PRÓXIMAS SETE GERAÇÕES.”

PRINCÍPIO DAS SETE GERAÇÕES - CONSTITUIÇÃO DA CONFEDERAÇÃO INDÍGENAIROQUESA

(POVOS SÊNECA, CAYUGA, ONONDAGA, ONEIDA, MOHAWK E TUSCARORA/EUA E CANADÁ)

15.1. Jurisprudência Nacional

15.1.1. Resumo do Caso

A Vale S/A é responsável pelo empreendimento denominado Mineração Onça Puma – uma gigantesca exploração de ferro-níquel no sul do Pará, no entorno da Terra Indígena Xikrin do Cateté. Em 2004, o projeto recebeu a Licença Prévia (LP). Em 2005, a Licença de Instalação (LI). Apesar dessas licenças ambientais, o empreendimento descumpriu a condicionante que previa a apresentação de planos e programas de prevenção e mitigação/compensação às comunidades indígenas atingidas (Povos Xikrin e Kayapó).

Assim, o empreendimento operou sem que os impactos sobre as comunidades indígenas fossem mitigados ou compensados. A Escola Paulista de Medicina monitorou o local e constatou a contaminação do principal rio que banha a Terra Indígena por metais pesados, como ferro, cobre, cromo, níquel e chumbo, ocasionando doenças graves que não acometiam os indígenas.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública com o objetivo de paralisar as atividades minerá-

rias e o pagamento de indenização até que fosse implementado o Plano de Gestão Econômica nas comunidades afetadas.

Em primeira instância, o pleito do MPF foi acolhido parcialmente. Já em segunda instância, em sede de agravo de instrumento, foi determinada a suspensão das atividades minerárias e o pagamento de indenização que ultrapassa R\$ 100 milhões.

15.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO MINERÁRIA (MINERAÇÃO ONÇA PUMA – MOP). IMPACTOS ETNO-AMBIENTAIS EM COMUNIDADES INDÍGENAS. ALDEIAS DO POVO KAYAPÓ E XIKRIN, LOCALIZADAS NA SUB-BACIA DO RIO CATETÉ E DO IGARAPÉ CARAPANÃ, NO ESTADO DO PARÁ. AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE CONDICIONANTES PREVISTAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL (PLANO DE GESTÃO ECONÔMICA E AMBIENTAL E DEMais MEDIDAS COMPENSATÓRIAS). RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREENDEDOR (VALE S/A). TUTELA CAUTELAR INIBITÓRIA E FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROVISÓRIA. CABIMENTO.

I – Na espécie dos autos, afigura-se da responsabilidade do empreendedor o efetivo cumprimento das condicionantes previstas no licenciamento ambiental de empreendimento mineral instalado nas proximidades de terras indígenas.

II – Nesse contexto, constatado o descumprimento de condicionantes, consistentes na realização de Plano de

Gestão Econômica e Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos negativos etno-ambientais decorrentes da implementação da Mineração Onça Puma, instalada nas proximidades de terras indígenas (aldeias do povo Kayapó e Xikrin, localizadas na sub-bacia do Rio Cateté e do Igarapé Carapanã, no Estado do Pará), com efeitos danosos ao meio ambiente natural das referidas comunidades indígenas, afigura-se legítima a suspensão das atividades minerárias, ali instaladas, bem assim, o pagamento de justa indenização, ainda em caráter provisório, como forma de mitigar os nefastos reflexos já produzidos no seio das comunidades indígenas afetadas (grave lesão à saúde, à segurança e à subsistência de seus membros), como medida preventiva e inibitória, até o efetivo cumprimento de tais condicionantes, a ser devidamente apurado através de perícia multidisciplinar perante o juízo monocrático.

III – No caso em exame, diante da gravidade da situação fática constatada nas aludidas comunidades indígenas, resultante de cessação das atividades básicas de seus membros (prática da caça e da pesca), como meio de subsistência, em contraste com o elevado volume do proveito econômico e financeiro do empreendimento mineral

em referência, a fixação do quantum indenizatório, na espécie, afigura-se razoável, num exame superficial e próprio das tutelas de urgência, em montante correspondente ao valor de 01 (um) salário-mínimo, por integrante de cada aldeia, por se adequar, ainda que não satisfatoriamente, à realidade sócio-econômica do cenário de danos, ali, ocorridos, até ulterior deliberação judicial, na dimensão da perícia multidisciplinar já determinada, e até porque a extração mineral, noticiada nos autos, na sub-bacia do Rio Cateté, com impactos negativos nas aludidas terras indígenas deveria resultar, por determinação constitucional, na aferição do direito das comunidades indígenas afetadas, em participar do resultado da lavra do mineral perseguido pela empresa multinacional Vale S/A (CF, art. 231, § 3º). Vencido, em parte, no ponto, o Relator, que fixava o valor da indenização provisória em R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), para cada aldeia das comunidades indígenas descritas nos autos.

IV – O valor depositado judicialmente, a título indenizatório, em caráter provisório, haverá de ser destinado às respectivas comunidades indígenas beneficiárias, segundo critérios de aplicação e de prestação de contas estabelecidos em competente Termo de Ajustamento de Conduta, por elas celebrado perante o

Ministério Público Federal, com observância das formalidades legais.

*V – Agravo provido. Decisão agravada parcialmente reformada, para concessão da tutela de urgência formulada no feito de origem, em maior extensão (**paralisação imediata das atividades de exploração mineral do empreendimento Onça Puma, no Estado do Pará e elevação do valor da indenização**), judicialmente fixada, com a garantia de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar nº 933/PA (julgado em 31/05/2017), restando prejudicado o agravo interno. (AI 0042106-84.2015.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/09/2017) (grifos nossos)*

O voto condutor assim se reportou aos impactos que os indígenas vêm sistematicamente sofrendo diante dos grandes projetos na Amazônia:

Ao examinar o pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, pronunciei-me, nestes termos:

“Como visto, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravio, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio am-

biente ecologicamente equilibrado, essencial à saia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)" e de que "nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas

minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei", em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT". (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014).

Assim posta a questão, não merece reparos, em princípio, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, por se afinar com as garantias constitucionais acima apontadas.

Há de ver-se, porém, que o valor fixado pelo juízo monocrático, em valor correspondente ao dobro da média inicial regional do programa Bolsa Família, estipulada para a Região Norte do país, no montante de R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos), calculado, proporcionalmente, sobre cada integrante de

cada comunidade, independentemente da idade, afigura-se, em princípio, insuficiente para o custeio das despesas básicas dos membros de tais comunidades, mormente em face da circunstância de que a prática de caça e pesca de que dispunham encontrava-se obstada, em virtude dos aludidos impactos etno-ambientais decorrentes da implantação do mencionado empreendimento minerário, afigurando-se-me razoável, num exame superficial, a sua fixação no valor almejado pelas recorrentes, qual seja, em quantia correspondente ao dobro do salário mínimo vigente, totalizando R\$ 1.576,00 (hum mil, quinhentos e setenta e seis reais), para cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, por se adequar, ainda que não satisfatoriamente, à realidade sócio-econômica de nosso país, até ulterior deliberação judicial, e até porque a extração mineral, noticiada nos autos, na sub-bacia do Rio Cateté, com impactos negativos nas terras indígenas Xikrin do Cateté e Xikrin do O-Odja, deveria resultar, por determinação constitucional, na aferição do direito das comunidades indígenas afetadas, em participar do resultado da lavra do mineral perseguido pela empresa multinacional Vale do Rio Doce (CF, art. 231, § 3º).

*Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para elevar o valor dos depósitos mensais ordenados na decisão agravada para o montante de R\$ 1.576,00 (hum mil, quinhentos e setenta e seis reais), para cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, observada a forma de distribuição estabelecida no aludido **decisum**, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 05 (cinco) de julho do corrente ano, sob pena da multa coercitiva fixada na decisão agravada, até ulterior deliberação judicial”.*

(...)

A dimensão faraônica do “Projeto Grande Carajás” e do “Holocausto das comunidades indígenas” localizadas em seus marcos territoriais, no agredido cenário amazônico, fora descrito com inegável sabedoria, pelo renomado teólogo e ecologista Leonardo Boff, em sua monografia intitulada “ECO-

LOGIA: GRITO DA TERRA – GRITO DOS POBRES, que serve de fundamento para a construção de sua **Teologia da Libertação**, numa visão global do meio ambiente e libertadora da integridade da criação, nos termos seguintes:

“No Estado do Pará está implantado o Projeto Grande Carajás de extração de minérios e minerais estratégicos, bem como agroindústrias e silvicultura. A escala do projeto é de um gigantismo próprio do espírito da modernidade imperial e dominadora da Terra: cobre uma área de 900.000 km², ou seja, a extensão da Inglaterra e da França juntas; está orçado em 62 bilhões de dólares, foi implantado em 13 anos - a inauguração foi em 1980 -, com uma explosão demográfica que ascenderá de 400% a 800% nos próximos anos. Construiu-se em tempo recorde uma estrada de ferro de 890 km que vai de Parauapebas (Carajás) até Porto Madeira, em São Luís do Maranhão (Itaqui). Usinas, cidades, vilas, estradas, parques surgiram de um dia para o outro, constituindo o maior projeto integrado do mundo em áreas tropicais.

Quatro grandes projetos formam o Programa Grande Carajás: um depósito de minério de ferro, duas fábricas de alumínio e a hidrelétrica Tucuruí. Na serra de Cara-

jás, no Pará, a oeste da cidade de Marabá, há um complexo mineral dos mais ricos do planeta: 20 bilhões de toneladas de ferro, com 66% de teor, um dos mais elevados do mundo; 65 milhões de toneladas de manganês: 1 bilhão de toneladas de cobre; 40 milhões de toneladas de alumínio; 100 milhões de toneladas de níquel; 100.000 toneladas de estanho e 100 toneladas de ouro. O projeto é hegemonizado pela Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores estatais brasileiras, em articulação com as grandes multinacionais ligadas à área da mineração, como a Alcoa (Aluminium Company of America), empresa norte-americana e maior produtora mundial de alumínio (60%), a Nalco (Nippon Amazon Aluminium Co.), a Alcan (Aluminium Company of Canada), Alü-suisse, a Billiton-Shell, Patifio, Englardt e outras. Ao longo da ferrovia se instalaram cerca de 30 fundições de ferro-gusa, ferro-ligas e unidades de beneficiamento de outros metais, tudo movido a carvão vegetal. Isso envolve 25 milhões de metros cúbicos de madeira extraída de 1,5 milhão de hectares desmatados. Isso equivale a 35 hectares de mata por dia ou a um quilômetro quadrado a cada três dias. Como bem se disse, está se exportando a floresta Amazônica na forma de ferro-gusa e carvão vegetal, ficando aqui a iluviação dos solos, a ex-

tinção de milhares de espécies de vida, o entulhamento dos leitos dos rios e a degradação geral do meio ambiente”.

(...) “A instalação da grande indústria na Amazônia obedeceu demandas do capitalismo internacional. A partir de 1972 o petróleo passou de 2 para 32 dólares, o que acarretou encarecimento da energia elétrica, especialmente no Japão, baseada na utilização do petróleo bruto; encareceu também o transporte dos minerais, especialmente a bauxita, donde se tira o alumínio, fundamental para a indústria. Um terço das indústrias da área no Japão, EUA, Europa teve que fechar. A solução foi transferir estas indústrias para regiões do mundo onde houvesse farta energia, abundância de bauxita e mão-de-obra barata. A Amazônia preenchia amplamente estas condições. Por isso para cá vieram as principais multinacionais ligadas ao ferro e ao alumínio, com uma vantagem: ficaram com as indústrias limpas em seus países e se livravam dos resíduos industriais deletérios, deixados no Terceiro Mundo, como a “lama vermelha”, dejeto s da bauxita, altamente tóxicos, armazenados em lagos artificiais. Entende-se também a aceleração dos projetos para atenderem a demanda mundial com

um emprego maciço de mão-de-obra: 140.000 trabalhadores assim distribuídos: 27.000 no Projeto Ferro Carajás; 63.000 na construção da barragem de Tucuruí e 50.000 no garimpo de Serra Pelada.

As principais agressões à natureza amazônica foram perpetradas por conta do Projeto Grande Carajás Agrícola, em articulação com a JICA (Japan International Co-operation Agency, que engloba 22 empresas de investimento japonesas). Embora a agência japonesa recomendasse precauções ecológicas no sentido de harmonizar o desenvolvimento agrícola com a conservação ambiental, a máquina decisória do governo seguiu caminhos tecnocráticos estritos, Ignorou a sabedoria milenar das populações nativas, exaltou as virtudes da mecanização e introduziu uma escalada de destruição florestal como jamais antes no Brasil. Expulsou indígenas e caboclos. O governo só oferecia subsídios quando as companhias provavam que tinham “limpado o terreno” quer dizer, desmatado e expulsado as populações nativas e introduzido outras, vindas do Sul do país, que, ilusoriamente, se imaginavam mais preparadas para uma agroindústria moderna por serem descendentes de europeus. Os projetos agropecuários pretendiam criar

um rebanho de 2 milhões de cabeças com vistas à exportação. Junto com eles, entretanto, surgiu uma especulação fantástica envolvendo grandes empresas nacionais, como Café Cacique, Varig, Sul América Seguros, e multinacionais, como a Volkswagen, a Liquifarma (química farmacêutica italiana), Atfântica-Boavista (grupo Rockefeller) e outras.

Muitos pecuaristas, para acelerar o desmatamento, utilizavam o desfolhante Tordon 155-Br (agente laranja) ou o Tordon 101-Br, mais devastador ainda, jogados de avião, poluindo os solos, os rios e matando muitas pessoas, especialmente os índios nhambiquaras, que quase foram extermínados. Os camponeses expulsos ou ameaçados se articularam em muitos movimentos sindicais. Verificou-se a partir da instalação dos projetos na serra de Carajás uma verdadeira guerra no campo. Em 1985 eram cerca de 100 mortos, em 1986 a cifra ascendeu para 200 e continuou com taxas decrescentes mas ainda altas nos anos posteriores. Os 13.000 índios de 34 tribos diferentes, situados na região, viram suas terras invadidas por criadores de gado e madeireiros e muitos deles foram mortos.

Os projetos de agroindústria e agropecuária não mostraram sustentabilidade. A produção de grandes safras e de criação de gado em pastagens extensivas estão causando danos permanentes ao ecossistema amazônico - erosão do solo, compactação, lixiviação, assoreamento dos rios e represas, poluição atmosférica devida às queimadas fenomenais, algumas tão grandes que foram detectadas por satélites norte-americanos e russos, com o risco de transformar a Amazônia oriental num “deserto vermelho”. Em 1988 num só dia o ônibus espacial Discovery detectou 8.438 incêndios na Amazônia. A máquina planejadora do Estado, uma vez mais, ignorou o enorme potencial de progresso econômico e social oferecido pelas técnicas tradicionais dos grupos nativos. Estudos sobre a tribo caiapó no sul do Pará demonstraram como eles tinham uma classificação cuidadosa das espécies e o manejo hábil da floresta. Sabiam delimitar mais de 40 tipos de florestas, campos e solos com suas respectivas associações de insetos, animais, pássaros, ventos e climas. O que lhes permitiu satisfazer suas necessidades e ao mesmo tempo preservar o equilíbrio do ecossistema regional,²⁷ saber que deveria ser aproveitado pelos técnicos e estrategistas dos grandes projetos com referência ao manejo da floresta Amazônica e à preservação

ção das espécies. Mas que foi soberana e arrogantemente desprezado”.

(...) “As maiores vítimas da penetração de relações de exploração e internacionalização das riquezas da Amazônia foram, entretanto, os indígenas. O lema da Funai (Fundação Nacional do Índio), o organismo que deveria protegê-los, era: “Cem mil índios não podem impedir o progresso do Brasil.” Foram cúmplices da via-sacra desses povos originários. Citemos apenas algumas estações.

A primeira, a chacina do paralelo 11 em Rondônia (parte da extrema Amazônia Ocidental), em 1963. Instalam-se grandes fazendas e mineradoras de estanho. Na região viviam cerca de 10.000 índios em 100 aldeias diferentes. Para facilitar a penetração, a firma Arruda e Junqueira ordena que sobre a aldeia dos cintas-largas, durante um ceremonial, se joguem sacos de açúcar. Os indígenas os recolhem alegremente. Logo em seguida, em vôo rasante, são dinamitados e chacinados.

A segunda, a dizimação dos nhambiquaras, também em Rondônia. No início do século eram cerca de 10.000 no vale do rio Guaporé. Para facilitar a pecuária vinda do

Sul, são transferidos para a chapada dos Parecis de terras áridas. Os que escaparam da fome foram tomados pelo sarampo, doença dos brancos. Toda a população nhambiquara de menos de 15 anos foi dizimada. Os que restaram no fértil vale do Guaporé foram atingidos pelos desfolhantes lançados de avião em suas terras. Em 1980, dos 10.000 apenas restavam 650 representantes. Sua saga trágica é bem retratada por um deles:

"Primeiro, aqui era só índio. Não tinha americano, brasileiro, Funai, nada. Aí chegou o missionário americano, em 1964. Passaram três luas, veio o brasileiro: máquina, trator, caminhão, derrubaram muito pau, botaram fogo e começou: capim, capim, capim, vaca, vaca, fazenda, arame, arame".

Terceira estação: a sacrifcação dos uaimiris-atroaris nas cercanias de Manaus. Talvez seja a tribo mais atribulada das últimas décadas. Em 1905 contavam-se 6.000. Em 1968 já tinham sido reduzidos a 3.000. Em 1982, a 517, e em 1984, a apenas 350. A proporção do extermínio é da ordem de 6 para 1, nível do tempo da conquista/invasão dos europeus no continente sul-americano. Tal catástrofe biológica se deve às várias políti-

cas desenvolvimentistas implantadas na Amazônia, nas cercanias de Manaus. A construção da estrada Manaus-Boavista, a mineração Taboca S.A. (subsidiária da Paranapanema, que explora cassiterita, estanho) e a construção da usina de Balbina, a que nos referimos acima, atingiram diretamente as terras dos uaimiris-atroaris. Chegou-se a mudar o nome dos rios para ludibriá-los e dizer que o alagamento da barragem de Balbina sobre o rio Uatumã não atingiria suas terras. O rio Uatumã, que faz limite com a reserva indígena, passa a ser chamado de Pitinga; o nome Uatumã é transferido para um igarapé menor. Durante a construção da estrada Manaus-Boa Vista foram atacados por helicópteros e pequenos aviões militares do governo, incendiadas suas malocas, com a morte de muitos índios. Pelo menos num caso, o comando militar da Amazônia ordenou a utilização de armas químicas contra os uaimiris-atroaris indefesos. Nas várias agressões sofridas, das 60 vilas indígenas subsistiram em 1987 apenas dez. Com razão se fala de etnocídio.³² Hoje esses indígenas se afundaram na selva, reduzidos a seu silêncio, sepultados no esquecimento de nossa cultura ecocida e que provoca holocaustos nas populações originárias.

Não há páginas para contar toda a saga trágica dos indígenas amazônicos, como a dos caiapós, dos paracanãs, dos txucarramães, dos crenacarores, dos gaviões e de tantos outros. Mas os sobreviventes confiam na força da terra e da justiça das coisas sagradas. O Conselho Mundial dos Povos Indígenas emitiu em 1975 em Port Alberni uma declaração solene na qual expressa sua esperança contra todas as esperanças:

"Entretanto, não nos puderam eliminar, nem nos fazer esquecer o que somos, porque somos a cultura da terra e do céu. Somos de uma ascendência milenar e somos milhões. E mesmo que nosso universo inteiro seja destruído nós viveremos por mais tempo que o império da morte."³³ ."(o grifo é nosso)

(Leonardo Boff. Ecologia: Grito da Terra – Grito dos Pobres. Editora Sextante. 2004. São Paulo – SP – págs. 134/141.)

Neste contexto, merece destaque as oportunas observações da Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, na inteligência de que: "Muitas formas de intensa exploração e degradação

do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura.”

Em face desse novo quadro e diante dos nefastos reflexos decorrentes dos impactos etno-ambientais do aludido empreendimento, conforme já consignado na decisão por mim proferida nos autos do agravo de instrumento acima referido, impõe-se a concessão da medida alternativa postulada pelo douto Ministério Público Federal, como forma de atenuar, ainda que provisoriamente, os danos dali resultantes e possibilitar, a título precário, a sobrevivência dos integrantes das comunidades indígenas atingidas, sob pena de sua total extirpação de nossa sociedade, o que não se admite, na espécie, sem prejuízo, também, da imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas.

Com efeito, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente

momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos

quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)” e de que “nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014).

Assim posta a questão, não merece reparos, em princípio, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indi-

cadas nestes autos, por se afinar com as garantias constitucionais acima apontadas.

(...)

Conforme já narrado, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao examinar os agravos internos interpostos contra a decisão inicialmente proferida nos autos da Suspensão de Liminar nº 933/PA, deu-lhes parcial provimento, sobrevindo a prolação da decisão de fls. 3481/3492, lavrada com estas letras:

“(...)

*A decisão em referência teve a sua eficácia parcialmente sobreposta, por força do **decisum** proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar nº 933/PA, no sentido de “permitir a continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação*

pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades”.

*Aquela Suprema Corte, contudo, em Sessão Plenária realizada no dia 31 de maio de 2017, deu provimento aos agravos internos interpostos contra o referido **decisum**, para negar o pedido de suspensão de liminar e restabelecer, integralmente, a decisão por mim proferida, nos termos seguintes:*

O Tribunal, por maioria, deu provimento aos agravos regimentais, para indeferir o pedido de suspensão de liminar e restabelecer a antecipação de tutela recursal deferida pelo Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Gilmar Mendes, que aos agravos regimentais negavam provimento. Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Carmem Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Com estas considerações, confirmando, integralmente, a decisão liminarmente proferida nestes autos, dou provimento ao

presente agravo de instrumento, para reformar a decisão agravada e conceder, integralmente, o pedido veiculado no feito de origem, e determinar a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e Ambiental e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, conforme perícia técnica já determinada nos autos, na dimensão da perícia multidisciplinar ordenada por esta Relatoria, determinando-se, ainda, que a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada aldeia afetada pelo empreendimento agressor, até a efetiva implementação do Plano de Gestão Econômica e Ambiental e demais medidas compensatórias dos impactos ambientais causados às referidas comunidades indígenas, conforme restar apurado na perícia ambiental em referência, nos autos do processo principal, devendo essa quantia ser depositada perante o referido juízo, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade, na tradução do TAC já referido nos autos.

(...)

Intime-se, com urgência, a promovida Vale S/A, via e-mail, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, paralisando, de imediato, as atividades minerárias do empreendimento Onça Puma, no Estado do Pará (CPC, art. 139, inciso IV), agressoras dos aludidos povos indígenas, na dimensão de seu meio ambiente natural e cultural, bem assim, de seus ecossistemas socioambientais, nos marcos regulatórios de seu mínimo existencial-ecológico, no bioma amazônico, até que se conclua e tudo seja apurado regularmente na perícia judicial ordenada, inclusiva, efetuando, no prazo de 10 (dez) dias, as parcelas de depósito judicial ainda não realizadas, a partir de quando foram paralisadas, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por dia de atraso, nos termos do art. 537, parágrafos, §1º, incisos I e II, e 2º, do novo CPC vigente, sem prejuízo das sanções previstas no parágrafo 3º do art. 536 do referido diploma processual civil. (grifos originais)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

15.1.3. Acórdãos Correlatos

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.

- 1. É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.*
- 2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.*
- 3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.*

4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.

5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.

7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer , considera-se imprescritível o direito à reparação.

8. *O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.*

9. *Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.*

10. *Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.11.*

Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(*STJ. RESP 1120117. Ministra Relatora Eliana Calmon. DJe 19.11.2009*) (*grifos nossos*)

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. EXTRAÇÃO DE PRODUTOS FLORESTAIS DE TERRA INDÍGENA. ILEGALIDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO.

-
- 1. As terras indígenas são áreas de preservação permanente, e por isso, a retirada desautorizada de produtos florestais dessas terras afigura-se ilegal.*
 - 2. Restando comprovada a extração ilegal de madeira em área indígena, a condenação do município (réu) para que se abstenha da prática, assim como para que restitua as toras extraídas, é providência que se reveste de razoabilidade, no caso.*
 - 3. Sentença confirmada.*
 - 4. Remessa oficial desprovida.*

(TRF1. AP 0000325-45.1999.4.01.4300. Desembargador Relator Daniel Paes Ribeiro. Sexta Turma. DJe 29.8.2008) (grifos nossos)

AMBIENTAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO
DE DANO AMBIENTAL E DANO MORAL COLETIVO.
DESMATAMENTO ILEGAL NA TERRA INDÍGENA SA-
RARÉ. PROVA DA MATERIALIDADE DO DANO, NEXO
CAUSAL E AUTORIA DO ATO ILÍCITO. DEVER DE IN-

DENIZAR. DANOS MORAIS COLETIVOS FIXADOS EM VALOR MÓDICO. SENTENÇA MANTIDA.

1. *O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra Antônio Pereira da Silva (vulgo Maranhão) e Edevilson Vicentim visando a reparação de dano ambiental com pagamento de danos materiais e morais coletivos.*
2. *Restou comprovada a conduta ilícita do apelante, praticada no ano de 2008, consistente em promover a degradação ambiental da Terra Indígena do Sararé, área de preservação permanente, localizada entre os Municípios de Pontes e Lacerda/MT e Vila Bela da Santíssima Trindade/MT, conforme laudo pericial e fotografias acostados aos autos. O laudo de exame de constatação registra destruição de 5.659,5 de vegetação, com corte seletivo de madeira com exploração de apenas espécies de árvores com valor econômico. Não há intenção de uso do solo para agropecuária.*
3. *No inquérito policial instaurado pela Delegacia de Polícia Federal de Cáceres/MT para apurar fatos que ensejam a ação civil pública, o corréu Edevilson Vicentim confessou que foi contratado pelo apelante para fazer transporte de tratores de esteiras para extração de madeira em terra indígena.*

4. Pode também ser considerado como elementos de prova (a) as anotações sobre quantidade de madeiras escritas pelo corréu Edevilson em caderno encontrado no interior do caminhão, (b) a afirmação da esposa de Edevilson, na Delegacia, que o caminhão apreendido estava sendo utilizado por seu marido para cumprir contrato com “Maranhão” (o apelante) no sentido de que fosse transportado um trator, (c) o depoimento de Edevilson que já realizava outros fretes para “ Maranhão” de madeiras extraídas ilegalmente da reserva e que ficavam depositadas em um sítio.

5. A prova emprestada do inquérito policial acompanhou a petição inicial da ação civil pública possibilitando ao apelante a publicidade dos dados, a ampla defesa e o contraditório.

6. O nexo de causalidade do dano para a Terra Indígena do Sararé e a atividade ilícita do apelante ficou provado, devendo ser responsabilizado civilmente pelo dano ambiental.

7 Comprovado que a coletividade teve uma área de preservação invadida pelo apelado com o objetivo de desmatar e destruir o meio ambiente local cabe reparação por danos morais coletivos.

8. Embora a coletividade não tenha personalidade jurídica, ser um conjunto indeterminado de pessoas, tem interesses, valores e patrimônio ideal que devem ser protegidos.
9. O tratamento jurídico transindividual da tutela dos interesses difusos e coletivos, inclusive quanto ao dano moral, não tem como parâmetro sofrimento psíquico do indivíduo, mas uma violação a valores e direitos objetivamente considerados.
10. O valor dos danos morais coletivos a ser revertido para o Fundo do art. 13 da LACP, fixado em R\$ 30.000,00 é módico tudo em vista a extensão do dano, na perpetuação no tempo, as consequências adversas que serão suportadas pela coletividade e a intenção de causar dano.
11. Apelação improvida.

(TRF1. AP 0003718-23.2008.4.01.3601. Desembargadora Relatora Selene de Almeira. Quinta Turma. DJe 1.3.2013) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. DESMATAMENTO E RETIRADA DE MATERIAL

DA TERRA INDÍGENA MORRO DOS CAVALOS. ILEGALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR.

- 1. Aplicável ao caso a teoria da responsabilidade objetiva.*
- 2. Comprovada a extração de saibro de terra indígena para ser utilizado na duplicação da BR-101.*
- 3. O DNIT e a FATMA tinham ciência da existência de Terra Indígena no local segundo prova dos autos e não poderiam ter autorizado ou consentido com a extração de minério.*
- 4. Em que pese a extensão do prejuízo (mineração de 2,19ha), bem como a situação econômica dos demandados, sendo, ademais, fato incontrovertido que houve supressão de remanescente de Mata Atlântica na área da lavra (laudo técnico nº 307/2008 – DITEC – IBAMAM/SC), entendo que o valor fixado em sentença (R\$ 100.000,00) é elevado demais, devendo ser adequado e proporcional ao caso dos autos, motivo pelo qual a fixação do valor em R\$ 50.000,00, para cada réu.*
- 5. Apelações a que se dá parcial provimento.*

(TRF4. AP 5029220-49.2014.4.04.7200/SC. Desembargadora Relatora Salise Monteiro Sanchotene. Quarta Turma. DJe 1.10.2015)

AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE SUSPENSÃO. CONCESSÃO FLORESTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARALISAÇÃO ATÉ A ELABORAÇÃO DE ESTUDO ANTROPOLÓGICO COMPLEMENTAR. DEFINIÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DOS POVOS INSERIDOS NA FLONA CREPORI. INEXISTÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. CONTRACAUTELA INDEFERIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. *O pedido de suspensão visa à preservação do interesse público e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.*

2. Espécie em que o Ministério Público Federal – sob a alegação de que há impropriedades no plano de manejo ao desconsiderar a presença humana no interior da Floresta Nacional Crepori – ajuizou ações civis públicas. Determinação de sobrerestamento dos contratos de concessão e da concorrência pública até a realização do estudo antropológico complementar.

3. A alegação de evolução do desmatamento das florestas nacionais não autoriza o prosseguimento das concessões à revelia do procedimento legal previsto, que dispõe sobre as diligências necessárias para a preservação das comunidades tradicionais.

4. O Poder Público tem meios para impedir o avanço dos garimpos ilegais, inclusive com uso da força, se for necessário. É a sua função preservar o meio ambiente, com o monitoramento das florestas.

5. É imprescindível a cabal demonstração de que a manutenção da decisão atacada tem o condão de obstaculizar o exercício da atividade pública ou mesmo de causar prejuízos financeiros que impossibilitem a prestação dos serviços de sua titularidade – situação essa não identificada na análise dos autos.

6. Sob o pretexto de potencialidade lesiva à ordem e à economia públicas, pretende-se entabular discussão acerca da legalidade do plano de manejo florestal e das conclusões do estudo antropológico complementar realizado pelo ICMBio (Notas Técnicas nºs 49/2016/GECOF/SFB/MMA e 53/2016/GECOF/SFB/MMA), argumentos que transcendem os limites estreitos do pedido de suspensão.

7. Agravo interno desprovido.

(STJ. Ag Int na SLS 2266. Ministra Relatora Laurita Vaz. Corte Especial. DJe 6.2.2018) (grifos nossos)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.
EXTRAÇÃO DE MADEIRA EM RESERVA INDÍGENA.
IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE INTEMPESTITVIDADE DA APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO TRATADA NA CONTESTAÇÃO. OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADA.

1. Trata-se de ação de indenização ajuizada pela COMUNIDADE INDÍGENA KATITAUSTRU – SARARÉ, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI e UNIÃO FEDERAL em face de SEBASTIÃO BRONSKI

AFONSO por danos materiais decorrentes do corte ilegal de 300 m³ de mogno e cerejeira e de outra grande quantidade de madeira afetadas pela ação de moto-serras e tratores na Reserva Indígena Sararé, bem como a pagar os custos e despesas com a elaboração e execução de projeto de reflorestamento da área desmatada.

2. A sentença julgou procedente o pedido ao fundamento de que é caso de responsabilidade civil por ato ilícito posto estar demonstrado o nexo causal entre o dano e a ação dolosa do agente, vez que o réu invadiu terras de propriedade da União, ocupadas pelos índios KATI-TAURLU, retirando espécies vegetais por estes usufruídas.

3. Irresignado, o réu apelou sustentando que não fora o único responsável pela retirada da madeira, figurando apenas como prestador de serviços com base em contrato de exploração de madeiras firmado com os índios. Aduz que dos 300 m³ de madeira retirada, a Polícia Federal apreendeu 150 m³ e os outros 150 m³ foram entregues ao Sr. José Luiz, não obtendo o recorrente nenhuma vantagem.

4. Não é intempestivo o recurso se a sentença foi publicada pela terceira vez no dia 12.05.2000 (sexta-feira), em razão da atuali-

zação da representação processual da parte ré e circulou em 15.05.2000, conforme certidão de fls. 301, sendo que no período de 10.05 a 18.06.2000 os prazos estiveram suspensos, em virtude da Inspeção Anual da Vara e, posteriormente, da greve dos servidores, de acordo com a informação fls. 296.

5. Toda matéria de defesa deve ser arguida pelo réu em contestação, exceto aquelas previstas no artigo 303 do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Não é possível conhecer as alegações do apelante de que teria agido na qualidade de preposto, bem como que outras pessoas procederam a derrubada de árvores na reserva indígena, uma vez que foram ventiladas apenas no recurso e não demonstrada qualquer exceção ou força maior para serem apresentadas em momento oportuno.

6. Comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a ação do apelante, vez que o réu admitiu que invadiu terras de propriedade da União, ocupadas pelos índios KATITAUCLU, realizando o corte ilegal de 300 m³ de toras de mogno e cerejeira, derrubado outra quantidade não retirada e causado depredação e desmatamento considerável na área indígena, emerge inequívoca a obrigação do apelante relativa à recomposição dos danos experimentados pela apelada.

7. Todavia, não assiste razão ao apelante ao pleitear o indeferimento do pedido por ausência de certeza e liquidez, uma vez que ao autor cabe delimitar o objeto da lide possibilitando a parte ré oferecer a sua resposta integral e ao juízo a análise do *meritum causae*, como já o fez o juízo de primeiro grau. Se no processo de conhecimento não for possível apurar o *quantum pretendido*, hipótese dos autos, proceder-se-á a liquidação do julgado, aliás, como determinou o juízo sentenciante às fls. 268.

8. Por outro lado, em que pese a apreensão pela Polícia Federal de 150 m³ de madeira de lei, conforme laudo de apreensão e depósito de fls. 67/68, não merece ser reformada a sentença monocrática, no ponto em que condenou o apelante a indenizar 300 m³ de mogno e cerejeira a COMUNIDADE INDÍGENA KATITAUSTRU – SARARÉ, tendo em vista que vigora em nosso sistema jurídico o princípio da separação das ações penais e cíveis. Essas instâncias são independentes. De tal modo que a apreensão, no juízo criminal, de 150 m³ de madeira de lei não impede a apelada de buscar a reparação do dano em relação aos 300 m³ da referida madeira, no juízo cível.

(TRF1. AP N° 2000.01.00.121009-8/MT. Relator convocado Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes. Quinta Turma. DJe 16.5.2007) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MINERAÇÃO EM TERRA INDÍGENA. REQUERIMENTO DE PESQUISA E LAVRA NA ÁREA DA TRIBO CINTA LARGA E SEU ENTORNO. INGRESSO NA LIDE DE COOPERATIVA DE POVOS INDÍGENAS COMO TERCEIRA INTERESSADA INDEFERIDO. AGRAVO RETIDO COM MESMO OBJETO DO RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS DEMONSTRANDO QUE AS PESQUISAS E LAVRAS NO INTERNO DA TI CINTA LARGA TEM SERVIDO PARA INCREMENTO DA CRIMINALIDADE NA ÁREA.

1. *Não é facultado a terceiro ingressar na lide com propósito de inovar a demanda com pedido não deduzido pelo autor na petição inicial.*
2. *O agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela na parte que excluiu o entorno da terra indígena da proibição de concessão e cancelamento de títulos de lavra e pesquisa mineraria é bis in idem ao objeto do recurso de apelação, razão pela qual não se conhece o agravo.*

3. As terras indígenas constituem área de proteção ambiental e tem como finalidade proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar o uso de recursos naturais (art. 15 da lei 9.985/2000).

4. O art. 42 do Código de Mineração dispõe que a autorização de lavra será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial.

5. Examinando o conjunto probatório dos autos a r. sentença reconheceu que “as supostas pesquisas e lavras incidentes nas áreas próximas das terras indígenas extraídos da reserva, incrementando a criminalidade na região”.

6. A solução de apenas determinar a intervenção da FUNAI nos requerimentos de lavra e pesquisa mineral sobre o entorno de terras indígenas não garante à comunidade Cinta Larga a proteção para afastar a criminalidade que a cerca.

7. Segundo apuração da Polícia Federal em Rondônia, relatado em parecer da douta PRR “a vida dos contrabandistas tem sido facilitada ainda pela concessão de licenças de pesquisas minerais próximas às áreas indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, órgão do Ministério das Minas e Ener-

gia” e que “a presença de mineradoras nas áreas circunvizinhas às terras indígenas fomenta o contrabando e o crime organizado que atua contrariamente aos interesses indígenas.

8. A r. sentença recorrida na apuração de acervo probatório reportou-se ao relatório da Polícia Federal na chamada Operação Roosevelt, em 21.05.2005, que assinala os conflitos gerados no entorno da TI Cinta Larga entre garimpeiros, minerados e indígenas: Na mesma esteira, à fl. 152, consta Relatório da Operação Roosevelt, produzido pelo Delegado Mauro Sposito, em 11.05.2005, onde destaca a atuação das multinacionais na região, abastecida em grande parte pela concretização da “expectativa” gerada pela dúbia posição do DNPM: “é em Rondônia que se fazem presentes as empresas multinacionais que dominam o mercado mundial de diamantes, as quais, aproveitando-se de lacunas legais, agem por intermédio de empresas brasileiras que abrigam em seus respectivos contratos sociais a real identidade de seus proprietários. Diante da perspectiva de liberação da área para a lavra de diamantes, as empresas mineradoras multinacionais promovem ações para demonstrar que a exploração por parte de garimpeiros e suas cooperativas é predatória e ineficaz, utilizando para tanto ações de desinformação por meio da imprensa, bem como fomentando conflitos, no interesse de manterem a situação sob domínio e com isto regular o

preço do diamante a nível mundial (...) a potencialidade criminal da situação expressa pode ser avaliada por estudos realizados pelas próprias empresas multinacionais, que afirmam ser a produção do Garimpo Roosevelt em torno de US\$20.000.000,00 (vinte milhões de dólares) mensais, sendo que deste montante, nos últimos quatro anos, não há registro de comercialização lícita dos diamantes extraídos nas terras ocupadas pelos silvícolas Cinta Larga". Assim, uma maior proteção do entorno das terras indígenas, com imposição de firmes restrições e fiscalizações, tendem a minimizar os focos de tensão na região do Povo Cinta Larga, reduzindo a criminalidade e os conflitos entre mineradores, garimpeiros e indígenas, eis que, além de se extinguir a expectativa das mineradoras em legalizar o extrativismo mineral nessas áreas, os grandes explorados passariam a ter dificuldades em simular pesquisa e lavra nas proximidades para "lavar" diamante extraído do interior da unidade de conservação.

9. Inexistem direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Constatada a incompatibilidade da atividade mineraria e a ordem pública no entorno da TI Cinta Larga, resta superada a utilidade do aproveitamento mineral na área sub judice.

10. *O interesse na proteção do meio ambiente, as condições de vida da população indígena local e a neutralização da criminalidade faz emergir os motivos para a revogação da lavra.*

11. *Apelação do Ministério Público Federal provida.*

12. *Recurso de apelação do DNPM prejudicado.*

(TRF1. AP 0003392-26.2005.4.01.4100. Desembargadora Selen Almeida. Quinta Turma. DJe 30.4.2013) (grifos nossos)

15.2. Jurisprudência Internacional

15.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

15.2.2. Resumo do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)

No julgamento do caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o Governo equatoriano concedeu a outorga para exploração petrolífera e de hidrocarbonetos a uma empresa privada no entorno e em parte do território tradicional do povo indígena, na Amazônia equatoriana. O empreendimento ocasionou, entre outros

danos etnoambientais, contaminação do solo e das águas e ameaças contra os líderes da etnia, ensejando a reparação.

15.2.3. Extratos da Sentença

B. Considerações da Corte

B.1 Em relação aos explosivos disseminados no território Sarayaku

244. A Corte estabeleceu, em sua jurisprudência constante, que as obrigações impostas pelo artigo 4 da Convenção Americana, relacionado ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, pressupõem que ninguém seja privado de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e, além disso, à luz de sua obrigação de garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos, exigem que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) daqueles que se encontram sob sua jurisdição. Das obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção decorrem deveres especiais, determináveis em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre. Em determinados casos,

apresentaram-se circunstâncias excepcionais que permitem fundamentar e analisar a violação do artigo 4 da Convenção, a respeito de pessoas que não faleceram em consequência dos fatos violatórios.

(...)

248. *No presente caso, a empresa petrolífera realizou, com a aquiescência e a proteção do Estado, a abertura de trilhas, e disseminou cerca de 1.400 kg do explosivo pentolite no Bloco 23, que inclui o território Sarayaku. Por conseguinte, foi um risco claro e comprovado, que cabia ao Estado neutralizar, como, efectivamente, foi ordenado mediante as medidas provisórias, ou seja, o descumprimento da obrigação de garantir o direito à propriedade comunal do Povo Sarayaku por parte do Estado, permitindo a disseminação de explosivos em seu território, significou a criação de uma situação permanente de risco e ameaça para a vida e a integridade pessoal de seus membros.*

249. *Pelas razões expostas, o Estado é responsável por ter colocado gravemente em risco os direitos à vida e à integridade pessoal dos membros do Povo Sarayaku, reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção, em relação à obrigação de garantia do direito à propriedade comunal, nos termos dos artigos 1.1 e 21 desse mesmo instrumento.*

C. Indenização compensatória por danos materiais e imateriais

C.1 Dano material

(...)

313. *Com respeito aos danos ao território dos Sarayaku e a seus recursos naturais, a Corte observa que foi apresentado um relatório da Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional da República do Equador, no qual se informa que “o Estado, por intermédio dos Ministérios do Meio Ambiente e Energia e Minas, violou [...] a Constituição Política da República ao não consultar a comunidade sobre planos e programas de prospecção e extração de recursos não renováveis que se encontram em suas terras, e que possam afetá-la ambiental e culturalmente”. O citado relatório se refere, em especial, ao “notável impacto negativo provocado na flora e na fauna da região, pela destruição das matas e a construção de heliportos”. Além disso, no que diz respeito a esse título, foi apresentado um relatório do Ministério de Energia e Minas, que detalha as tarefas de “limpeza” que se devem realizar no processo de exploração sísmica. Ao mesmo tempo, a Corte constata que o restante da documentação probatória apresentada pelos representantes consiste em documentos elaborados pelos próprios Sarayaku (boletins de*

imprensa ou depoimentos no documento “Autoavaliação”), além de um texto de um estudo social sobre danos à qualidade de vida, segurança e soberania alimentar em Sarayaku.

(...)

316. Do mesmo modo, embora não tenham sido apresentados documentos comprobatórios dos gastos, é razoável supor que as ações e gestões realizadas por membros do Povo geraram gastos que devem ser considerados como dano emergente, especialmente no que se refere às ações ou diligências realizadas para manter reuniões com diferentes autoridades públicas e outras comunidades para as quais seus líderes ou membros tiveram de deslocar-se. Considerando o exposto, a Corte determina, de maneira justa, uma compensação pelos danos materiais ocorridos, levando em conta que: i) membros do Povo Sarayaku incorreram em gastos para realizar ações e gestões no âmbito interno para reclamar a proteção de seus direitos; ii) seu território e recursos naturais foram danificados; e iii) o Povo teria visto afetada sua situação econômica pela paralisação de atividades produtivas em determinados períodos.

317. Por conseguinte, a Corte fixa uma compensação de US\$90.000,00 (noventa mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de dano material, a qual será entregue à As-

sociação do Povo Sarayaku (Tayjasaruta), no prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença, para que invistam o dinheiro no que o Povo decida, conforme seus próprios mecanismos e instituições de tomada de decisão, entre outros aspectos, para a implementação de projetos educacionais, culturais, de segurança alimentar, de saúde e de desenvolvimento do ecoturismo, ou outras obras com finalidades comunitárias, ou projetos de interesse coletivo que o Povo considere prioritários.

C.2 Dano Imaterial

318. A Corte desenvolveu, em sua jurisprudência, o conceito de dano imaterial e estabeleceu que esse dano “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus parentes, e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, quanto às alterações de caráter não pecuniário nas condições de vida da vítima ou de sua família”.

(...)

323. Tendo em vista as indenizações ordenadas pelo Tribunal em outros casos, e em consideração às circunstâncias do presente caso, aos sofrimentos ocasionados ao Povo, à sua identidade cultural, aos prejuízos a seu território, em especial, pela presença de explosivos, bem como à mudança provocada em

suas condições e modo de vida, e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram pelas violações declaradas nesta Sentença, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, a quantia de USD\$1.250.000,00 (um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para o Povo Sarayaku, a título de indenização por dano imaterial. Esse montante deverá ser entregue à Associação do Povo Sarayaku (Tayjasaruta), no prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença, para que invistam o dinheiro no que o Povo decida, conforme seus próprios mecanismos e instituições de tomada de decisão, entre outros aspectos, para a implementação de projetos educacionais, culturais, de segurança alimentar, de saúde e de desenvolvimento do ecoturismo, ou outras obras, com finalidades comunitárias, ou projetos de interesse coletivo que o Povo considere prioritários. (grifos nossos)

(...)

341. Portanto,

A CORTE DECLARA:

Por unanimidade, que:

(...)

3. O Estado é responsável por ter colocado gravemente em risco os direitos à vida e à integridade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação de garantir o direito à propriedade comunal, nos termos dos artigos 1.1 e 21 do mesmo instrumento, em detrimento dos membros do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, em conformidade com o exposto nos parágrafos 244 a 249 e 265 a 271 da presente Sentença.

(...)

8. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 317, 323 e 331 da presente Sentença, a título de indenização por danos materiais e imateriais, e de reembolso de custas e gastos, nos termos dos referidos parágrafos e dos parágrafos 335 a 339 da presente Sentença, bem como reembolsar ao Fundo de Assistência Jurídica a quantia estabelecida no parágrafo 334.

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

16. Direito ao EIA/Rima no Licenciamento de Pequena Central Hidrelétrica que Impacta Terra Indígena

"VOCÊS FALAM QUE SOMOS POBRES E QUE NOSSA VIDA VAI MELHORAR. MAS O QUE VOCÊS CONHECEM DE NOSSA VIDA PRA FALAR QUE VAI MELHORAR? SÓ PORQUE SOMOS DIFERENTES DE VOCÊS, QUE VIVEMOS DE FORMA DIFERENTE, QUE DAMOS VALOR PARA COISAS DIFERENTES, ISSO NÃO QUER DIZER QUE SOMOS POBRES. NÓS, YANOMAMI, TEMOS OUTRAS RIQUEZAS DEIXADAS PELOS NOSSOS ANTIGOS QUE VOCÊS, BRANCOS, NÃO CONSEGUEM ENXERGAR: A TERRA QUE NOS DÁ VIDA, A ÁGUA LIMPA QUE TOMAMOS, NOSSAS CRIANÇAS SATISFEITAS."

DAVI KOPENAWA

(POVO YANOMAMI/RR)

16.1. Jurisprudência Nacional

16.1.1. Resumo do Caso

O povo indígena Paresí habita o Estado do Mato Grosso. Os primeiros registros do contato datam do final do século XVII, quando bandeirantes atingiram a região à caça de indígenas e, posteriormente, à exploração das riquezas minerais. Parte da área onde o povo indígena habita desde época do contato é uma imensa chapada, denominada de “Reino dos Paresís” pelo bandeirante Antônio Pires de Campos.

Em sua cosmologia, os indígenas acreditam que as florestas e os rios são habitados por espíritos³⁷, entre eles o rio Sacre, onde se instalou em 2004 a Pequena Central Hidrelétrica (PCH) de Salto Belo/Sacre 2. O licenciamento da PCH foi realizado pelo Estado de Mato Grosso, apesar de impactar a Terra Indígena Utiariti, do povo Paresí.

O Ministério Público Federal (MPF) promoveu ação civil pública visando impedir a instalação e o funcionamento da PHC, diante das ilegalidades no licenciamento ambiental – como a não apresentação de EIA/RIMA –; bem como para reparar os danos soci-

37 Cf. https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Pares%C3%AD#Morfologia_social

oambientais decorrentes da obra. O MPF não logrou êxito em primeira instância, sob a justificativa de que a PCH já estava em operação ao tempo da sentença.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1) acolheu o recurso do MPF, assentando que, mesmo com a conclusão da obra, há necessidade de trazer o empreendimento para a legalidade através da participação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) no licenciamento, já que atinge a Terra Indígena (uma das aldeias está a cerca de 100 metros da obra). Também assentou a necessidade de apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (Rima) pelo empreendedor, mesmo após a obra.

16.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE PHC SALTO BELO/SACRE 2 - MT. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NECESSIDADE DE

PRODUÇÃO DE PROVA POR PERITO EQUIDISTANTE DAS PARTES. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA COM CAPACIDADE ACIMA DE 10 MW. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGATORIEDADE DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E DO RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EIA/RIMA (ART. 2º, VII, DA RESOLUÇÃO CONAMA 01/86). LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. INVALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA NA AMAZÔNIA LEGAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SOCIAL DIRETO E INDIRETO SOBRE A TERRA INDÍGENA UTIARITI. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO ACOLHIDA. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. MULTA COERCITIVA.

(..)

III - Não se afigura escorreito o entendimento no sentido de que, com a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PCH Salto Belo/Sacre2, houve a perda do interesse de agir do autor ministerial, na medida em que um dos pleitos do Ministério Público Federal consiste justamente na obrigação de "reparação específica dos danos causados a bens e valores ambientais da

coletividade residente na Terra Indígena Utiariti, notadamente das aldeias Sacre II e Bacaval, em decorrência das obras já realizadas para instalação da PCH Salto Belo, que venham a ser apuradas como passíveis de reparação no curso da presente ação, inclusive, mas não exclusivamente, com a demolição das obras que já foram ou venham a ser eventualmente implantadas”, caracterizando-se, assim, o manifesto interesse do Parquet Federal em prosseguir no feito e, por conseguinte, a nulidade da sentença a quo, que extinguiu o processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

IV - Afigura-se imprescindível a realização de prova pericial, na espécie, para a apuração e reparação dos danos ambientais decorrentes da instalação da Usina Hidrelétrica de PHC Salto Belo/Sacre2, possibilitando-se, assim, a produção de provas necessárias ao deslinde da controvérsia instaurada nestes autos.

V - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz

conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...)

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006).

Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo

que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

VI - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever

que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).

VII - Em sendo assim, versando a controvérsia, como no caso, em torno também de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual, deve o IBAMA integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). Além disso, apesar de a Usina Hidrelétrica em questão não se

encontrar situada no perímetro da terra indígena dos Paracis, é certo que a referida área sofrerá o impacto de sua construção, já que existem aldeias situadas há apenas 100 (cem) metros (Sacre II) e a dois quilômetros (Bacaval) da PCH Salto Belo. Assim, verifica-se que as terras indígenas estão dentro da área de influência direta do empreendimento, elemento suficiente para atrair a competência do IBAMA, para o licenciamento da mencionada obra.

VIII - Ademais, afigura-se juridicamente possível a realização do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PHC Salto Belo/Sacre2, conforme se verifica das lições de Édis Milaré, na dicção de que "a conclusão inelutável a que se chega, portanto, independentemente da questão da validade ou não da licença já expedida, é que sempre poderá ser exigido um estudo de avaliação de impacto ambiental, desde que possível obviar ou remediar uma situação crítica ao ambiente, e que a sua não-elaboração no momento azado renda ensejo ao acertamento da responsabilidade – administrativa, civil e penal – de quem se omitir do dever de implementá-lo ou exigi-lo." (MILA-

RÉ, Edis Direito do Ambiente 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 375 a 376) IX - Apelação parcialmente provida, para declarar a nulidade da sentença,(..) (AC 0002420-38.2004.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/11/2013 PAGINA:201.) (grifos nossos)

O voto condutor assim detalhou o entendimento sobre a matéria:

*Quanto à possibilidade de se realizar o estudo de impacto ambiental, ainda que após a instalação da Usina Hidrelétrica de PHC Salto Belo/Sacre2, cumpre destacar os fundamentos da doura Procuradoria Regional da República, nas seguintes letras, **in verbis**:*

“Como se sabe, o EIA/RIMA é um instrumento preventivo de danos que, em tese, deve ser elaborado antes da decisão administrativa de outorga de licença para a instalação de obras ou atividades com potencialidade para causar significativa degradação do meio ambiente.

No caso, a PCH Salto Belo/Sacre 2 já foi construída e encontra-se em pleno funcionamento, por isso entendeu

a MM. Juíza a quo que o processo “está desprovido de utilidade e necessidade para alcançar o objetivo a que se dirigiu, (...).” (fls. 3481)

Entretanto, o interesse processual remanesce, inclusive em relação ao pedido de elaboração de EIA/RIMA, assim como em relação aos pedidos que sequer foram julgados -, uma vez que nada impede a elaboração do estudo de impacto ambiental depois da obra concluída. É que o termo “prévio” não pode ser entendido em sentido absoluto, de modo a permitir que empreendimentos com potencialidade de causar danos ambientais relevantes (por presunção legal) continue a funcionar tão somente porque “(...) se encontra integralmente instalada e, inclusive, comercializa energia regularmente.” (...) e por isso “se consumou o resultado que se pretendia impedir, (...).” (fls. 3480vº)

Para Paulo Affonso Leme Machado, “A anterioridade da exigência do EIA não afasta a possibilidade de ser exigida, na renovação ou na revisão dos licenciamentos ambientais, a apresentação de um novo Estudo. Na essência, é o mesmo Estudo previsto pela Constituição; somente não se trata do primeiro Estudo, isto é, do anterior à implantação

do empreendimento ou do início da atividade.”
(MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. 18^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 147)

(...)

Logo, é possível exigir-se a elaboração de EIA/RIMA para o funcionamento da obra em questão. (fls. 3.656/3.658). (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

16.1.3. Acórdãos Correlatos

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE PCH JESUÍTA/MT. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL REALIZADO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. INVALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA EM RIO INTERESTADUAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SOCIAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS. OBRIGAÇÕES ESPECÍFI-

CAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. MULTA COERCITIVA.

I - Na hipótese dos autos, não merece prosperar a preliminar suscitada pelo Estado do Mato Grosso de ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, tendo em vista que a citação da FUNAI, na qualidade de litisconsorte necessário, deve ser rejeitada, na espécie, porquanto não há disposição legal que assim determine, bem como, não há relação jurídica incindível, que exija a presença da FUNAI nesta relação processual, mormente em se tratando de hipótese, como no caso, em que a ausência da referida fundação não prejudica a relação processual, ora, sub judice.

II - No mesmo sentido, não deve ser acolhida a preliminar de conexão entre a presente demanda e a ação civil pública n. 2008.36.00.000023-4, posto que os pedidos formulados nos autos da ação civil pública n. 2008.36.00.000023-4 se restringem a impedir o licenciamento ambiental das obras das usinas hidrelétricas Telegráfica, Rondon, Parecis, Sapezal e Cideza, que são empreendidas pela Jurena Participações e Investimento S/A. Por sua vez, a presente demanda visa à nulidade do processo de licenciamento da usina hidrelétrica de PCH Jesuítica, que foi empreendida pela empresa Maggi Energia S/A, desca-

racterizado-se, assim, a alegada conexão entre as referidas ações civis públicas, na espécie.

III - Segundo informações colhidas no Portal Brasil, publicado em 22/08/2011, a Superintendência de Gestão e Estudos Hidroenergéticos (SGH) aprovou, em agosto de 2011, a revisão dos Estudos de Inventário da Bacia do Rio Juruena. Esses estudos totalizam uma potência de aproximadamente 8.830 megawatt (MW). Informa ainda que o Rio Juruena, é um dos formadores do Rio Tapajós, e passa pelos estados do Mato Grosso e Amazonas. Possui cerca de 1.240 quilômetros (km) de extensão, sob domínio da União (Rio Juruena), afigurando-se imprescindível a participação do IBAMA no licenciamento ambiental da hidrelétrica de PCH Jesuíta, na linha, inclusive, de precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

IV - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente"(CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente

artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais

da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

V - Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual, deve o IBA-MA integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII), mormente em se tratando de empreendimento com potencial risco de dano ao meio ambiente em rio sob domínio da União. Além disso, a construção da

mencionada usina hidrelétrica causa impactos ambientais e socioambientais no perímetro das comunidades indígenas Enawenê-Nawê, Myky e Nambikwara, caracterizando-se, também sob este prisma, a competência do IBAMA para o licenciamento do referido empreendimento. Precedentes.

VI - Ademais, afigura-se juridicamente possível a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, com a participação do órgão competente, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PHC Jesuíta (EPIA - Estudo Póstumo de Impacto Ambiental), posto que independentemente de ser válida ou não a licença já expedida, há de ser realizada, na espécie, um licenciamento ambiental válido, sob o controle administrativo do órgão de fiscalização competente (IBAMA), visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente e, quando possível, a total remoção dos ilícitos ambientais, para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa de quem se omitiu em implementá-lo ou exigí-lo validamente em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, no interesse público e difuso de todos, na linha de eficácia do princípio da prevenção.

VII - Apelação provida, a fim de que se produzam as provas periciais requeridas pelo autor ministerial, julgado-se o feito, no

mérito, oportunamente, com as provas postuladas nos autos. Declaro, ainda, a nulidade do licenciamento ambiental da PCH Jesuíta, bem como as licenças já expedidas pelo Estado de Mato Grosso e pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente - SEMA/MT, determinando, por conseguinte, que a referida obra seja licenciada, ainda que tardiamente, pelo IBAMA, com a realização, inclusive, do inafastável Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA), bem assim, para que sejam cumpridas as exigências de autorização específica do Congresso Nacional e de realização de consulta aos povos indígenas atingidos pelo referido empreendimento, conforme determina o art. 231, § 3º, da Constituição Federal e do art. 6º da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sob pena de multa coercitiva de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso no cumprimento deste Acórdão mandamental, nos termos do art. 461, § 5º, do CPC, que deverá ser revertida ao fundo a que alude o art. 13 da Lei nº. 7.347/85, sem prejuízo das sanções criminais, cabíveis na espécie (CPC, art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único).

(AC 0009040-90.2009.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 13/12/2013 PAG 264.)

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTINÊNCIA COM A ACP N° 2006.70.12.000511-0. CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE SALTO GRANDE. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL INSUFICIENTE. ÁREA SUB-DIMENSIONADA. PROTEÇÃO DO ECOSISTEMA DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO CHOPIM E DAS POPULAÇÕES AFETADAS. AUDIÊNCIA PÚBLICA CANCELADA. NECESSIDADE DE NOVO ESTUDO CONSIDERANDO A BACIA HIDROGRÁFICA COMO UNIDADE TERRITORIAL. MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL.

Apelação do MPF provida. Apelação dos réus e remessa oficial desprovidas.

(TRF4, APELREEX 2005.70.12.001067-7, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, D.E. 30/09/2009)

16.2. Jurisprudência Internacional

16.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

16.2.2. Resumo do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)

O Governo equatoriano concedeu a outorga para exploração de petróleo e de hidrocarbonetos a uma empresa privada dentro do território tradicional do povo indígena Kichwa de Sarayaku, que vive na Amazônia equatoriana. A outorga, sem consulta prévia aos indígenas, ocasionou contaminação do solo e das águas, perda de lugares sagrados e ameaças contra os líderes da etnia.

16.2.3. Extratos da Sentença

Sobre a execução do projeto sem EIA, a Corte IDH assim se pronunciou:

d) Estudo de Impacto Ambiental.

204. Em relação à obrigação de realizar estudos de impacto ambiental, o artigo 7.3 da Convenção nº 169 da OIT dispõe que

“[o]s governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de avaliar-se a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento previstas possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas”.

205. A realização desses estudos constitui uma das salvaguardas para garantir que as restrições impostas às comunidades indígenas, ou tribais, a respeito do direito à propriedade pela emissão de concessões em seu território não impliquem uma negação de sua subsistência como povo (par. 157 supra). Nesse sentido, o Tribunal estabeleceu que o Estado devia garantir que não se emitirá nenhuma concessão dentro do território de uma comunidade indígena, a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental. Além disso, a Corte determinou que os Estudos de Impacto Ambiental “servem para avaliar o possível dano, ou impacto, que um projeto de desenvolvimento, ou investimento, pode ter sobre a propriedade e comunidade em questão. O objetivo desses [estudos] não é [unicamente] ter alguma medida objetiva do possível impacto sobre a terra e as pessoas, mas também [...] assegurar

que os membros do povo [...] tenham conhecimento dos possíveis riscos, inclusive os riscos ambientais e de salubridade”, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto, “com conhecimento e de forma voluntária”.

206. Por outro lado, a Corte estabeleceu que os *Estudos de Impacto Ambiental devem ser realizados conforme as normas internacionais e boas práticas pertinentes; respeitar as tradições e a cultura dos povos indígenas; e ser concluídos previamente à outorga da concessão, já que um dos objetivos da exigência desses estudos é garantir o direito do povo indígena de ser informado acerca de todos os projetos propostos em seu território*. Portanto, a obrigação do Estado de supervisionar os *Estudos de Impacto Ambiental coincide com seu dever de garantir a efetiva participação do povo indígena no processo de outorga de concessões*. Além disso, o Tribunal acrescentou que um dos pontos sobre os quais deveria tratar o estudo de *impacto social e ambiental* é o *impacto acumulado que tem gerado os projetos existentes, e os que gerarão os projetos que tenham sido propostos*.

207. No presente caso, a Corte observa que o *plano de impacto ambiental*: a) foi realizado sem a participação do Povo *Sarayaku*; b) foi realizado por uma entidade privada, subcontratada pela empresa petrolífera, sem que conste que tenha sido sub-

metido a um controle estrito posterior por parte de órgãos estatais de fiscalização; e c) não levou em conta a influência social, espiritual e cultural que as atividades de desenvolvimento previstas podiam ter sobre o Povo Sarayaku. Portanto, o Tribunal conclui que o plano de impacto ambiental não foi realizado em conformidade com o disposto em sua jurisprudência ou com as normas internacionais sobre a matéria.

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

17. Direito ao Licenciamento Federal de Obra que Afeta Terra Indígena

"ESSA ÁGUA BRILHANTE QUE ESCORRE NOS RIACHOS E RIOS NÃO É APENAS ÁGUA, MAS O SANGUE DE NOSSOS ANTEPASSADOS (...)

CADA REFLEXO NAS ÁGUAS LÍMPIDAS DOS LAGOS FALA DE ACONTECIMENTOS E LEMBRANÇAS DA VIDA DE MEU Povo. O MURMÚRIO DAS ÁGUAS É A VOZ DE MEUS ANCESTRAIS.

OS RIOS SÃO NOSSOS IRMÃOS, SACIAM NOSSA SEDE. OS RIOS CARREGAM NOSSAS CANOAS E ALIMENTAM NOSSAS CRIANÇAS (...)

E, PORTANTO, VOCÊS DEVEM DAR AOS RIOS A BONDADE QUE DEDICARIAM A QUALQUER IRMÃO."

CACIQUE SEATTLE

(POVO SUQUAMISH/EUA)

17.1. Jurisprudência Nacional

17.1.1. Resumo do Caso

Em 1997, o Governo federal iniciou a implantação da chamada Hidrovia Araguaia-Tocantins. Os primeiros movimentos para a obra foram iniciados sem apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório (EIA/Rima), tampouco de licença ambiental. Foram colocadas boias de sinalização e o monitoramento operacional se iniciou sobre o rio das Mortes, onde estão localizadas algumas das terras indígenas habitadas pelo povo Xavante – que se autodenomina Akwe.

Os habitantes das Terras Indígenas Areões e Pimentel Barbosa/MT, através do Instituto Socioambiental (ISA), ingressaram na Justiça com uma ação ordinária, requerendo que as normas ambientais fossem respeitadas e a consequente paralisação do empreendimento que afeta suas terras.

Em memorável julgamento, o Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1) determinou a paralisação do empreendimento por irregularidade no licenciamento ambiental.

17.1.2. Extratos do Acórdão

AMBIENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGRAVO RETIDO NÃO ANALISADO, POR PERDA DO OBJETO. HIDROVIA ARAGUAIA-TOCANTINS-RIO DAS MORTES. IMPLEMENTAÇÃO. TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (CF, ART. 231, § 3º). NECESSIDADE.

1. *O agravo retido perdeu seu objeto diante da obtenção de provimento jurisdicional em outra demanda no sentido de suspender a continuidade do procedimento para a construção da Hidrovia Araguaia-Tocantins, inclusive suas audiências públicas agendadas.*

2. *A Comunidade Indígena Xavante de Areões e Pimentel Barbosa ajuizou a presente ação com o objetivo de se condenar a União, o Ibama e a Companhia Docas do Pará a não realizar ou autorizar a efetivação de qualquer atividade tendente à implantação da Hidrovia Araguaia-Tocantins - Rio das Mortes, até a aprovação do EIA-RIMA e da expedição da competente licença ambiental, bem como até que a autorização do Congresso Na-*

cional seja concedida. Requer reparação dos danos, caso sejam expedidas a licença ambiental e a autorização do Congresso Nacional e a hidrovia seja definitivamente implementada.

3. Nos termos do § 3º, do art. 231, da CF/88, "O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei".

4. O Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA deve ser realizado quando se cuida de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que possam afetar terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução 237/97 do CONAMA).

5. O conjunto fático-probatório delineado nos autos é claro ao demonstrar a iminência da implantação da hidrovia, motivo pelo qual a sentença a quo merece reparos.

6. A intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovia, por afetar diretamente interesses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la. Precedentes do TRF/ 1^a Região.

7. O pedido de reparação dos danos, pressupõe a implementação da hidrovia. Não caracterizada a hipótese, na espécie, até mesmo por se referir o pedido a evento futuro e incerto, afigura-se juridicamente impossível tal pretensão, ante a regra do parágrafo único do art. 460 do CPC. Precedentes.

8. Agravo retido não conhecido. Apelações parcialmente providas.

A Turma Suplementar, por unanimidade, deu parcial provimento às apelações.

(AC 0003108-44.1997.4.01.3600, JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, TRF1 - 4^a TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:12/09/2013 PAGINA:222.) (grifos nossos)

O voto condutor assim justificou a medida:

O conjunto fático-probatório delineado nos autos é claro ao demonstrar a iminência da implantação da hidrovia sem a prévia anuênciā do Congresso Nacional nem o licenciamento ambiental.

À fl. 566, encontra-se cópia do cronograma de projeto da hidrovia em que consta expressamente a sinalização e o balizamento da hidrovia, para setembro e novembro de 1997.

Há documento proveniente do Ministério dos Transportes afirmado que:

“O que se propõe é implantar a hidrovia com um calado mínimo operacional de 1,50 m para todo o ciclo hidrológico, permitindo o escoamento da produção e a importação dos insumos dos estados compreendidos na área de influência da bacia hidrográfica. Para tanto estão previstas as seguintes ações no período de 1996 a 1998.

- a) Implantação em 2.230 km de sinalização fixa;*
- b) implantação em 2.230 km de sinalização flutuante”*

Confira-se o relato feito pelo antropólogo da FUNAI em viagem realizada no dia 28.11.96 (fls. 91/94), tendo-o instruído com fotografias (fls. 104106):

“A Hidrovia está completamente sinalizada, desde a sede do Município de Nova Xavantina. Em terras indígenas constatamos existirem 18 placas de sinalização, as quais têm inscrito a sigla CDP AHITAR (Companhia Docas do Pará, Administração da Hidrovia Tocantins Araguaia Rio das Mortes), além de advertências quanto à proteção legal destas.

(...) Embora de pequena monta, a própria sinalização já representa impacto, ainda mais considerável devido a inexistência de autorização legal para sua realização.”
(fl. 93)

(...)

A propósito, ressalta-se que a intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovia, por afetar diretamente interesses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

17.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. HIDROVIA TOCANTINS/ARAGUAIA/RIO DAS MORTES. ESTUDOS AMBIENTAIS. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. RAZOABILIDADE. CAUTELA.

- 1. Havendo conexão entre duas ações civis públicas, que possuem as mesmas partes e o mesmo pedido, mas causa de pedir diferentes, a remessa dos autos do processo mais novo para o Juízo cujo processo é mais antigo é medida que se impõe, a fim de se evitar decisões contraditórias.*
- 2. Havendo indícios de irregularidades no processo administrativo de impacto ambiental, consubstanciadas em testemunho de alguns antropólogos e de alguns biólogos participantes do projeto, que afirmam ter havido*

mutilação do projeto de Estudo de Impacto Ambiental - EIA, a decisão que suspende a continuidade do procedimento para a construção da Hidrovia Araguaia-Tocantins, inclusive suas audiências públicas agendadas até que se apure a veracidade ou não das alegações, apresenta-se dentro da razoabilidade e da cautela.

3. *Agravo de Instrumento a que se dá parcial provimento, apenas para que os autos originários sejam remetidos ao Juízo Federal de Imperatriz/MA. A Turma, por maioria, deu parcial provimento ao agravo de instrumento.*

(AG 0093349-29.1999.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ DATA:22/03/2007 PAGINA:37.) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO CONCESSIVA DE PROVIMENTO LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL: NÃO-CABIMENTO. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO E QUE ATRAVESSA ÁREAS DE TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AM-

BIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: COMPETÊNCIA DO IBAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: REQUISITOS (ART. 24 DA LEI N° 8.666/93). APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS EM TERRAS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.

(...)

3. É imprescindível a intervenção do IBAMA nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).

4. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.

5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da

Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.

6. Agravo regimental não-conhecido.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG 2001.01.00.030607-5/PA; Sexta Turma, Relator Juiz ALEXANDRE MACHADO VASCONCELOS, convocado, DJ de 25/10/2001, pg. 424) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA UHE SERRA DA MESA. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL REALIZADO PELO ESTADO DE GOIÁS. INVALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA EM RIO INTERESTADUAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SOCIAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. ORIENTAÇÃO DA CARTA ENCÍCLICA SOCIAL-ECOLÓ-

GICA LAUDATO SI, DO SANTO PADRE FRANCISCO,
NA ESPÉCIE DOS AUTOS.

I - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas,

a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

*II - Na visão holística da Carta Encíclica Social-Ecológica *Laudato Si*, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015, "muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência,*

mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura" e de que "toda a intervenção na paisagem urbana ou rural deveria considerar que os diferentes elementos do lugar formam um todo, sentido pelos habitantes como um contexto coerente com a sua riqueza de significados. Assim, os

outros deixam de ser estranhos e podemos senti-los como parte de um "nós" que construímos juntos. Pela mesma razão, tanto no meio urbano como no rural, convém preservar alguns espaços onde se evitem intervenções humanas que os alterem constantemente. (...) Neste contexto, sempre se deve recordar que "a proteção ambiental não pode ser assegurada somente com base no cálculo financeiro de custos e benefícios. O ambiente é um dos bens que os mecanismos de mercado não estão aptos a defender ou a promover adequadamente". Mais uma vez repito que convém evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos. Será realista esperar que quem está obcecado com a maximização dos lucros se detenha a considerar os efeitos ambientais que deixará às próximas gerações? Dentro do esquema do ganho não há lugar para pensar nos ritmos da natureza, nos seus tempos de degradação e regeneração, e na complexidade dos ecossistemas que podem ser gravemente alterados pela intervenção humana".

III - Na hipótese dos autos, em se tratando de licenciamento ambiental de empreendimento hidrelétrico com potencial risco de dano ao meio ambiente em rio sob domínio da União, a competência para a sua concessão é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, na

condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora (CF, art. 23, incisos III, VI e VII). Além disso, a construção da mencionada usina hidrelétrica causa impactos ambientais e socioambientais no perímetro da comunidade indígena Avá Canoeiro, caracterizando-se, também sob este prisma, a competência do IBAMA para o licenciamento do referido empreendimento. Confiram-se precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

IV - De outra banda, afigura-se juridicamente possível a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, com a participação do órgão competente, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de UHE Serra da Mesa (EPIA - Estudo Póstumo de Impacto Ambiental por imperativo do princípio da prevenção), posto que independentemente de ser válida ou não a licen-

ça já expedida, há de ser realizado, na espécie, um licenciamento ambiental válido, sob o controle administrativo do órgão de fiscalização competente (IBAMA), visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente e, quando possível, a total remoção dos ilícitos ambientais, para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa de quem se omitiu em implementá-lo ou exigi-lo validamente em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, no interesse público e difuso de todos, na linha de eficácia do indispensável princípio da prevenção.

V - Agravo de instrumento desprovido. Decisão confirmada, na dimensão eficial do artigo 512 do CPC vigente. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. (AG 0020317-44.2006.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:28/08/2015 PAGINA:1286.) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE PCH JESUÍTA/MT. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL REALIZADO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. IN-

VALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA EM RIO INTERESTADUAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SOCIAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. MULTA COERCITIVA.

I - Na hipótese dos autos, não merece prosperar a preliminar suscitada pelo Estado do Mato Grosso de ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, tendo em vista que a citação da FUNAI, na qualidade de litisconsorte necessário, deve ser rejeitada, na espécie, porquanto não há disposição legal que assim determine, bem como, não há relação jurídica incindível, que exija a presença da FUNAI nesta relação processual, mormente em se tratando de hipótese, como no caso, em que a ausência da referida fundação não prejudica a relação processual, ora, sub judice.

II - No mesmo sentido, não deve ser acolhida a preliminar de conexão entre a presente demanda e a ação civil pública n. 2008.36.00.000023-4, posto que os pedidos formulados nos autos da ação civil pública n. 2008.36.00.000023-4 se restringem a impedir o licenciamento ambiental das obras das usinas hidrelétricas Telegráfica, Rondon, Parecis, Sapezal e Cideza, que são empreendidas pela Jurena Participações e Investimento

S/A. Por sua vez, a presente demanda visa à nulidade do processo de licenciamento da usina hidrelétrica de PCH Jesuítica, que foi empreendida pela empresa Maggi Energia S/A, descharacterizado-se, assim, a alegada conexão entre as referidas ações civis públicas, na espécie.

III - Segundo informações colhidas no Portal Brasil, publicado em 22/08/2011, a Superintendência de Gestão e Estudos Hidroenergéticos (SGH) aprovou, em agosto de 2011, a revisão dos Estudos de Inventário da Bacia do Rio Juruena. Esses estudos totalizam uma potência de aproximadamente 8.830 megawatt (MW). Informa ainda que o Rio Juruena, é um dos formadores do Rio Tapajós, e passa pelos estados do Mato Grosso e Amazonas. Possui cerca de 1.240 quilômetros (km) de extensão, sob domínio da União (Rio Juruena), afigurando-se imprescindível a participação do IBAMA no licenciamento ambiental da hidrelétrica de PCH Jesuítica, na linha, inclusive, de precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

IV - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele

que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações" (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natu-

ral e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

V - Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental estadual, deve o IBA-MA integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora

(CF, art. 23, incisos III, VI e VII), mormente em se tratando de empreendimento com potencial risco de dano ao meio ambiente em rio sob domínio da União. Além disso, a construção da mencionada usina hidrelétrica causa impactos ambientais e socioambientais no perímetro das comunidades indígenas Enawenê-Nawê, Myky e Nambikwara, caracterizando-se, também sob este prisma, a competência do IBAMA para o licenciamento do referido empreendimento. Precedentes.

VI - Ademais, afigura-se juridicamente possível a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, com a participação do órgão competente, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PHC Jesuítica (EPIA - Estudo Póstumo de Impacto Ambiental), posto que independentemente de ser válida ou não a licença já expedida, há de ser realizada, na espécie, um licenciamento ambiental válido, sob o controle administrativo do órgão de fiscalização competente (IBAMA), visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente e, quando possível, a total remoção dos ilícitos ambientais, para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa de quem se omitiu em implementá-lo ou exigí-lo validamente em prol do meio ambiente ecologi-

camente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, no interesse público e difuso de todos, na linha de eficácia do princípio da prevenção.

VII - Apelação provida, a fim de que se produzam as provas periciais requeridas pelo autor ministerial, julgado-se o feito, no mérito, oportunamente, com as provas postuladas nos autos. Declaro, ainda, a nulidade do licenciamento ambiental da PCH Jesuíta, bem como as licenças já expedidas pelo Estado de Mato Grosso e pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente - SEMA/MT, determinando, por conseguinte, que a referida obra seja licenciada, ainda que tardiamente, pelo IBAMA, com a realização, inclusive, do inafastável Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA), bem assim, para que sejam cumpridas as exigências de autorização específica do Congresso Nacional e de realização de consulta aos povos indígenas atingidos pelo referido empreendimento, conforme determina o art. 231, § 3º, da Constituição Federal e do art. 6º da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sob pena de multa coercitiva de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso no cumprimento deste Acórdão mandamental, nos termos do art. 461, § 5º, do CPC, que deverá ser revertida ao fundo a que alude o art. 13 da Lei nº. 7.347/85, sem prejuízo das sanções criminais, cabíveis

na espécie (CPC, art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único). A Turma, por maioria, rejeitou as preliminares suscitadas pelo Estado de Mato Grosso e deu provimento à apelação. (AC 0009040-90.2009.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:13/12/2013 PAGINA:264.) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVA. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO SITUADO EM TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: COMPETÊNCIA DO IBAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93.

1. *Não sendo apta a demonstrar os fatos, correta a sentença que indeferiu a produção de prova testemunhal, não havendo nulidade a ser reconhecida em face da ausência de prejuízo.*
2. *O Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA deve ser realizado com intervenção do IBAMA quando se cuida de empreendimen-*

tos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que possam afetar terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).

3. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.

4. Agravo retido e apelações a que se nega provimento. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e às apelações.(AC 0005850-73.2001.4.01.3900, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:29/10/2009 PAGINA:500.)
(grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

18. Impossibilidade de Perda do Objeto da Ação por Conclusão de Obra

*“O SANGUE DE NOSSOS ANTEPASSADOS PERMANECEM EM NÓS.
APESAR DOS GALHOS TEREM SIDO CORTADOS, SEUS FRUTOS
ROUBADOS E ATÉ SEU TRONCO QUEIMADO, AS RAÍZES ESTÃO VIVAS
E NINGUÉM PODE ARRANCÁ-LAS.”*

CARTA DO 1º ENCONTRO DOS POVOS INDÍGENAS DO TAPAJÓS/PA, 1999

18.1. Jurisprudência Nacional

18.1.1. Resumo do Caso

A Usina Hidrelétrica (UHE) de Teles Pires foi construída na divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso, e atinge diretamente os povos indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká. Apesar de o Ministério Público Federal (MPF) haver ajuizado ações judiciais concomitantes ao licenciamento, quando elas foram julgadas em grau de apelação no Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1), o licenciamento já havia avançado para outras fases.

Foi o que aconteceu com a ação judicial que tinha por objeto a complementação do insuficiente Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório de Impacto Ambiental (Rima). O próprio Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama), em análise preliminar do EIA/Rima, pontuou que “*o conhecimento da ictiofauna do rio Teles Pires é incipiente e não permite uma análise mais acurada nos padrões de distribuições e casos de endemismo das espécies mais dependentes das corredeiras*”, concluindo que a maioria das espécies reofílicas sofrerá grande impacto em virtude do empreendimento, inclusive ocasionando extinção local dessas populações.

Quando a ação judicial chegou ao TRF-1, a empresa proprietária da obra alegou a perda superveniente do objeto, pois essa fase do licenciamento (Licença Prévia – LP) havia passado, com a concessão de outras licenças ambientais, inclusive da Licença de Operação (LO).

O TRF-1 assentou que não há perda de objeto, já que a decisão afeta a “própria legalidade do licenciamento ambiental e dos demais atos que se lhe seguiram, inclusive da mencionada Licença de Operação”.³⁸

18.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA.

38 Posteriormente, o STJ aprovou a Súmula 613: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental.”

RAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESOALIDADE E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT), DA RESPONSABILIDADE SOCIAL, DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (CF, ARTS. 225, CAPUT, E 170, VI). PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA DEMANDA. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINARES DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO MONOCRÁTICO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO.

I - Versando a controvérsia instaurada nos autos sobre a regularidade, ou não, do licenciamento ambiental do empreendimento hidrelétrico UHE Teles Pires, a superveniente conclusão desse licenciamento e a concessão da respectiva Licença de Operação, por si só, não tem o condão de caracterizar a perda superveniente do objeto da demanda, eis que, eventual acolhimento da pretensão deduzida, acarretará o reconhecimento da ilegitimidade do aludido licenciamento, e, por conseguinte, dos demais atos que se lhe seguiram, inclusive, da mencionada Licença de Operação. Preliminar rejeitada.

(...)

VIII - *Remessa oficial e apelações desprovidas. Sentença confirmada. A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e às apelações interpostas.* (AC 0003947-44.2012.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:14/03/2017 PAGINA:.) (grifos nossos)

O voto condutor assim tratou da questão:

Com efeito, a pretensão recursal em referência tem por suporte o argumento de que, com a posterior conclusão do licenciamento ambiental aqui fustigado, bem assim, das obras de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, sobrevindo, inclusive, a emissão de competente Licença de Operação, após o cumprimento de todas as exigências legais de regência, o objeto desta demanda estaria esvaziado, na medida em que se limita à suspensão do aludido procedimento.

Tal circunstância, contudo, não tem o condão de caracterizar a perda do interesse processual, na espécie, tendo em vista que, desde que a discussão aqui travada envolve, justamente, a regularidade do procedimento de licenciamento ambiental que antecedeu à concessão da mencionada Licença de Operação, o

eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal, nestes autos, acarretará o reconhecimento da ilegitimidade do aludido licenciamento, do que resultará, a toda evidência, a nulidade dos demais atos que se lhe seguiram, inclusive, da mencionada Licença de Operação.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

18.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA INALTERADOS. PRECEDENTES. FATO CONSUMADO. MATÉRIA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA.

- 1. Cuida-se de ação civil pública na qual a parte ora recorrente foi condenada a demolir casa que edificou em área de preservação permanente correspondente a manguezal e a margem de curso d'água, a remover os escombros daí resultantes e a recuperar a vegetação nativa do local.*

2. O imóvel em questão foi alienado. Entretanto, a alienação promovida em momento posterior à propositura da Ação Civil Pública pela empreendedora não tem o condão de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme disposto no art. 42, § 3º, do CPC, pois é dever do adquirente revestir-se das cautelas necessárias quanto às demandas existentes sobre o bem litigioso. Em razão do exposto, o não cumprimento da determinação contida no art. 167, I, 21, da Lei 6.015/73, o qual afirma a necessidade de averbação das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis não altera a conclusão do presente julgado.

3. Cumpre asseverar que a possibilidade do terceiro ter adquirido o imóvel de boa-fé não é capaz, por si só, de afastar a aplicação do art. 42, § 3º, do CPC; para que fosse afastada, seria necessário que, quando da alienação do imóvel, não houvesse sido interposta a presente ação civil pública. O que não é o caso.

4. Por fim, cumpre esclarecer que, em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no REsp 1491027/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015*) (*grifos nossos*)

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE PHC SALTO BELO/SACRE 2 - MT. **EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA POR PERITO EQUIDISTANTE DAS PARTES.** CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA COM CAPACIDADE ACIMA DE 10 MW. SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGATORIEDADE DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E DO RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EIA/RIMA (ART. 2º, VII, DA RESOLUÇÃO CONAMA 01/86). LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. INVALIDADE. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO DE HIDRELÉTRICA SITUADA NA AMAZÔNIA LEGAL E COM IMPACTO AMBIENTAL E SOCIAL DIRETO E IN-

DIRETO SOBRE A TERRA INDÍGENA UTIARITI. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO ACOLHIDA. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. MULTA COERCITIVA.

(..)

III - Não se afigura escorreito o entendimento no sentido de que, com a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PCH Salto Belo/Sacre2, houve a perda do interesse de agir do autor ministerial, na medida em que um dos pleitos do Ministério Público Federal consiste justamente na obrigação de "reparação específica dos danos causados a bens e valores ambientais da coletividade residente na Terra Indígena Utiariti, notadamente das aldeias Sacre II e Bacaval, em decorrência das obras já realizadas para instalação da PCH Salto Belo, que venham a ser apuradas como passíveis de reparação no curso da presente ação, inclusive, mas não exclusivamente, com a demolição das obras que já foram ou venham a ser eventualmente implantadas", caracterizando-se, assim, o manifesto interesse do Parquet Federal em prosseguir no feito e, por conseguinte, a nulidade da sentença a quo, que extinguiu o processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

IV - Afigura-se imprescindível a realização de prova pericial, na espécie, para a apuração e reparação dos danos ambientais decorrentes da instalação da Usina Hidrelétrica de PHC Salto Belo/Sacre2, possibilitando-se, assim, a produção de provas necessárias ao deslinde da controvérsia instaurada nestes autos.

V - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa

nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

VI - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).

(...)

*IX - Apelação parcialmente provida, para declarar a nulidade da sentença, (...) (AC 0002420-38.2004.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/11/2013 PAGINA:201.)
(grifos nossos)*

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINERAÇÃO. PROJETO VOLTA GRANDE DO XINGU DE MINERAÇÃO. **IMPACTO EM TERRA INDÍGENA.** EXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO LICENCIADOR ESTADUAL. ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA - ECI. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO. DISCUSSÃO QUANTO AO MOMENTO: ANTES DA LICENÇA PRÉVIA OU NO DECORRER DA MESMA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MPF E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR, AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DOS ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS E NULIDADE DA SENTENÇA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADAS. MÉRITO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EMISSÃO DE LICENÇA PRÉVIA SEM O ECI. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPACTO. EMISSÃO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO SEM O ECI. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA REALIZADO A PARTIR DE DADOS SECUNDÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSULTA LIVRE E MOTIVADA DOS INDÍGENAS AFETADOS. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT. ALEGADA OMISSÃO DA FUNAI A IMPOS-

SIBILITAR A ELABORAÇÃO DO ECI. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM AUTOS DISTINTOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

I - Nos termos do inciso V do art. 129 da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, sendo certo que o inciso XI do art. 6º da Lei Complementar nº 75/93 prevê ser do Ministério Público da União tal atribuição, inclusive no que se refere à propositura das ações cabíveis. Preliminar de ilegitimidade ativa do MPF afastada.

II - Figurando o Ministério Público Federal no polo ativo da lide, a competência da Justiça Federal decorre do inciso I do art. 109 da Constituição Federal. Ademais, a FUNAI também foi admitida, na origem, como assistente litisconsorcial do autor, de modo que também sob essa ótica resta justificada a competência da Justiça Federal para a demanda.

III - Pugnando o Ministério Público Federal, quando da propositura da ação, pela suspensão do processo de licenciamento ambiental ou, caso já iniciado, com a emissão da Licença Prévia, a declaração de sua nulidade, paralisando-se o procedimento até que sejam complementados os Estudos de Impacto Ambiental e avaliados pela

FUNAI os Estudos de Componente Indígena, ressalvada a garantia de participação dos indígenas, e considerando que a própria ré Belo Sun reconhece que a FUNAI não avaliou o ECI apresentado, ao afirmar a insistência do órgão indigenista de que não há estudo válido, resta afastada a alegação de perda superveniente do interesse de agir.

IV - Tanto a FUNAI quanto o Município de Senador José Porfírio, impactado pelo Projeto Volta Grande de Mineração, podem figurar no feito na qualidade de assistentes litisconsorciais do MPF. Isso porque ambos possuem interesse jurídico no resultado final do processo: a FUNAI, por possuir como função institucional a proteção dos interesses indígenas; e o Município Senador José Porfírio/PA, pelo fato de o empreendimento mineiro encontrar-se localizado dentro de seus limites territoriais, de modo que o resultado da demanda causará efeitos à municipalidade. Ademais, nos termos do inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, "é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios".

(...)

(AC 0002505-70.2013.4.01.3903, DESEMBARGADOR FE-

DERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:19/12/2017 PAGINA:.) (grifos nos-sos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

19. Direito à Saúde Indígena – Princípios da Eficiência, da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes

“NÃO VAMOS DESPREZAR O REMÉDIO DOS NÃO-ÍNDIOS, MAS QUEREMOS USAR OS NOSSOS TAMBÉM. SABEMOS QUE OS REMÉDIOS DO HOMEM BRANCO CURAM UMA COISA E PREJUDICAM OUTRA. É POR ISSO QUE NÓS ESTAMOS LUTANDO PELA NOSSA CULTURA E TRADIÇÃO. A MEDICINA É A NOSSA CULTURA.”

MANOEL KANUNXI

(POVO MANOKI/MT)

19.1. Jurisprudência Nacional

19.1.1. Resumo do Caso

As Terras Indígenas Jeju e Areal/PA são minúsculas se comparadas à maioria daquelas situadas na Amazônia. São habitadas por apenas 300 pessoas da etnia *Tembé Tenetehara*, as quais resistiram à colonização, sobretudo à abertura da rodovia Belém-Brasília.

Seus respectivos processos de demarcação não foram concluídos até hoje. Por essa razão, a União se furtava a fazer o atendimento dos indígenas através do Distrito Sanitário Especial Indígena Guamá/Tocantins (DSEI Guatoc), e invocava os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes.

Para que o atendimento fosse realizado, o Ministério Públíco Federal (MPF) promoveu uma ação civil pública, sob o fundamento de que a União não pode se omitir diante da prestação de um direito fundamental.

O Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1) acolheu a tese de que cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade por ação ou omissão do Poder Executivo.

19.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE INDÍGENA. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE. DIREITO SOCIAL. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA FOI ULTRA PETITA. DETERMINAÇÕES DA SENTENÇA QUE CONSTAM DOS PEDIDOS GENERICAMENTE ELABORADOS. AUSSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DA "RESERVA DO POSSÍVEL" E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. O Poder Público é o responsável por fornecer condições para a garantia do direito à vida e à saúde da comunidade indígena. É, portanto, responsabilidade constitucional da União garantir os direitos pleiteados na presente ação civil pública. Não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário. Qualquer um dos entes da federação tem legitimidade para figurar no polo passivo das lides que visam assegurar às populações indígenas o acesso à saúde.

2. Os limites do pedido foram respeitados na sentença. A condenação com respeito à construção do posto de atendimento à saúde na aldeia e de construção de rede de abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto e resíduos sólidos nas localidades indígenas consta dos pedidos relacionados ao atendimento regular de saúde e de obras de saneamento.
3. O Estado não pode eximir-se de cumprir seus deveres institucionais sob a alegação de violação ao princípio da "reserva do possível".
4. Inexiste afronta à separação dos Poderes. Cabe ao Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos dos entes públicos.
5. É possível a aplicação de astreintes em face da Fazenda Pública, conforme entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1474665/RS, Tema 98).
6. Apelação e remessa desprovidas.

A Turma negou provimento à apelação e à remessa, à unanimidade

(AC 0032816-87.2012.4.01.3900, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:15/10/2018 PAGINA) (grifos nossos)

O voto condutor assim se reportou ao tema em estudo:

Ao examinar a pretensão em referência, o juízo monocrático assim se pronunciou.³⁹

“2. Fundamentação

(...)

De plano, apontam-se os ensinamentos de STRECK e OLIVEIRA a respeito da separação dos poderes:

O princípio da separação dos poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade de outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteiriça. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes, Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo

39 Sentença lavrada pelo Juiz Federal Paulo Máximo de Castro Cabacinha, Castanhal/PA

discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o direito. (STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Fábio de. Comentários à Constituição do Brasil. Coord.: J. J. Gomes Canotilho - São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 145).

2.1. Da pretensão referente ao cadastro e prestação dos serviços de saúde:

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, foi adotada em 27 de junho de 1989, entrando em vigor em 1991. O Brasil ratificou o tratado em 2002 incorporando-o pelo Decreto nº 5.051/04, que, em seu art. 25 dispõe:

Artigo 25

- 1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou***

proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. *Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário.*

Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. *O sistema de assistência sanitário deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.*

4. *A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medi-*

das econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

Como bem aponta a contestação, até a edição da lei nº 9.836/99 a competência administrativa para a execução do serviço de saúde indígena encontrava-se no âmbito de atribuições da FUNAI, sendo repassada para a FUNASA. Já em 19 de agosto de 2010 tal atribuição foi repassada à União por meio da Lei nº 12.314/10 que, em seu art. 11 dispõe:

Art. 11. O Poder Executivo disporá sobre a estrutura regimental da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, mantidos os cargos em comissão e funções gratificadas não diretamente vinculados às competências relativas ao atendimento de atenção básica do Departamento de Saúde Indígena transferidas ao Ministério da Saúde com fundamento nesta Lei.

Já a portaria n. 1.163/99 do Ministério da Saúde prevê o seguinte:

Art. 3º Estabelecer que cabe à Secretaria de Assistência à Saúde - SAS, a organização da assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito nacional, conjuntamente com estados e municípios, a garantia do acesso dos índios e das comunidades indígenas ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Parágrafo único: A recusa de quaisquer instituições, públicas ou privadas, ligadas ao SUS, em prestar assistência aos índios configura ato ilícito, passível de punição pelos órgãos competentes.

Art. 4º Para o cumprimento da atribuição de que trata o artigo anterior, a SAS se responsabiliza por:

I - identificar, nos municípios com áreas indígenas, as estruturas assistenciais de referência para populações indígenas;

II - viabilizar que estados e municípios de regiões onde vivem os povos indígenas atuem complementarmente no custeio e execução das ações

de atenção ao índio, individual ou coletivamente, promovendo as adaptações necessárias na estrutura e organização do SUS;

III - garantir que as populações indígenas tenham acesso às ações e serviços do SUS, em qualquer nível que se faça necessário, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde;

Destaca-se ainda o disposto nos arts. 19-A a 19-H da Lei n. 8.080/90, incluídos pela Lei n. 9.836/99:

CAPÍTULO V

Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde - SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de

1990, com o qual funcionará em perfeita integração.

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações.

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.

§ 1º O Subsistema de que trata o caput deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais indígenas.

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de for-

mulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso.

Portanto, restou configurada a omissão da União no cadastro das aldeias no Sistema de atenção à Saúde Indígena, tendo em vista que tal demanda é de conhecimento da DSEI GUATOC desde 2004.

O fato de o município de Santa Maria do Pará ter instalado posto de saúde no local não retira da União seu dever de prestar a assistência à saúde nas aldeias. Não é porque o município cumpre com suas obrigações perante os cidadãos que a União está eximida de fazer o mesmo.

Ao contrário, as normas são claras no sentido de que cabe à União, com recursos próprios, financiar Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, servindo o SUS de retaguarda e referência.

Portanto, o imediato cadastro dos moradores das aldeias Jeju e Areal, o atendimento regular à saúde através da estrutura já existente, enquanto não construída estrutura própria a essas aldeias, mostra-se imperioso.

2.2. Da pretensão referente à realização de obras de saneamento básico nas aldeias:

Quanto à pretensão relativa a realização de obras de saneamento básico nas aldeias, inicia-se a análise pelo disposto no art. 25 da Convenção da OIT:

Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de

prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

Já a Lei n. 8.080/90, em seu art. 19-H, incluído pela Lei n. 9.836/99 prevê:

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente,

demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

(...)

Quanto à aldeia Areal verificou-se a ausência de sistema de abastecimento de água. O consumo se dá através de poço artesiano e poço amazonas.

Por fim, o relatório apontou também o seguinte:

Constatou-se que as aldeias estão totalmente desprovidas de qualquer sistema de microdrenagem e, não dispõem de sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários domiciliares. Em relação a destinação dos resíduos sólidos, as comunidades enterram o lixo em buracos feitos no solo. (...) Vale ressaltar que em algumas casas onde a estrutura é de melhor qualidade, ou seja, as que são de alvenaria possuem fossas dando uma destinação mais adequada aos dejetos".

Portanto, também aqui restou constatada a omissão deliberada da União no provimento de suas obrigações. Mais uma vez ressalte-se que não há de se falar em pretensão recente, visto que desde 2004, segundo apontado pela

própria requerida, as comunidades do local pleiteiam o cumprimento das normas vigentes por parte do Estado.

Assim sendo, restou comprovada a necessidade do provimento judicial com o fim de a União cumprir suas obrigações legais, constitucionais e internacionais, outorgando à comunidade indígena do Tembé, condições dignas de existência e sobrevivência.

2.3. Do princípio da reserva do possível:

Quanto à insurgência da impossibilidade de materialização da pretensão autoral, em função do princípio da reserva do possível, mostram-se aplicáveis ao caso os ensinamentos de SARLET:

(...) é possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. A reserva do possível, portanto, não poderá ser esgrimida como obstáculo intransponível à realização dos direitos sociais pela esfera judicial, devendo, além disso, ser encarada

com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia; o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social. (SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 562).

No caso em tela não há de se falar em aplicação do princípio da reserva do possível, haja vista a comprovada omissão da União por lapso superior a 10 anos em suas obrigações previstas desde 1999 e pleiteadas pela tribo Tembé desde 2004.

Ainda que se reconheça que todos os direitos sempre acarretam ‘custos’ para sua efetivação e proteção, a omissão ora em debate mostra-se desproporcional e desarrazoada, não podendo ser o fator custo impedimento para sua efetivação.

Ademais, não pode se opor a reserva do possível para justificar um inadimplemento que atinge o cerne dos direitos fundamentais à saúde das aldeias da tribo Tembé. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

1. *Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo.*
2. *Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras.*
3. *Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes.*
4. *Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais.*
5. *Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes.*
6. *Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida.*

7. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(ARE 860979 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI N. 12.322/2010) - MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO - DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) - COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) - A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCADA

*ÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COM-
PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE
QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL
(RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER
JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS
PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVA-
DAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓR-
MULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS
DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE
SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O
INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVE-
RES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTI-
TUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PO-
DER PÚBLICO - A TEORIA DA 'RESTRI-
ÇÃO DAS RESTRIÇÕES' (OU DA 'LIMI-
TAÇÃO DAS LIMITAÇÕES') - CARÁTER
COGENTE E VINCULANTE DAS NOR-
MAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE
DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRA-
MÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES
DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIAL-
MENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS.*

6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ

199/1219-1220) - EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014". (fls. 153/162)

(...)

Como visto, o juízo monocrático, reconheceu a necessidade de prestação dos serviços de saúde às comunidades indígenas em referência. A competência da União está bem demonstrada e encontra amparo no art. 196 da Constituição. Como bem salientou a Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli, "cabe à União atender a saúde indígena, uma vez que as terras indígenas são bens da União (art. 20, XI da CF/88). Nesse sentido, de acordo com o Decreto nº 3.156/99, art. 1º, atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição Federal, objetivando a universalidade, a integralidade e equanimidade dos serviços de saúde" (fl. 237).

(...)

Quanto ao mérito, mostra-se importante ressaltar que a tutela jurisdicional postulada pelo Ministério Público Federal tem por finalidade garantir às comunidades indígenas descritas nos autos condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, não se podendo olvidar que, no caso, trata-se da proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal), conforme assim expressamente reconhecido na sentença recorrida, a autorizar, por conseguinte, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, 196, 216, inciso II, e 231, caput e respectivo parágrafo 3º). Não existe, portanto, afronta ao princípio da separação de poderes.

Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas

públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), comprehende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança." (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Destaca-se, outrossim, que essa circunstância, por si só, não teria o condão de desaconselhar a concretização de direitos sociais, não apenas em razão das garantias constitucionais (CF, arts. 5º, XXXV, 196, 216, inciso II, e 231, caput e respectivo parágrafo 3º), mas também em face daquelas arroladas na Con-

venção n. 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, in verbis:

“Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da

comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

(...)

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Nesse contexto, dispõe o art. 54 e respectivo parágrafo único da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) que:

“Art. 54. Os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

Parágrafo único. Na infância, na maternidade, na doença e na velhice, deve ser assegurada ao silvícola, espe-

cial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados.”

Por fim, o REsp 1474665, recurso repetitivo (tema 98), definiu que a função das astreintes “é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente”. Estabeleceu, também, ser possível a imposição de astreintes à fazenda pública. Assim, agiu corretamente o juiz ao estipular o pagamento de multa de obrigação judicial de fazer.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

19.1.3. Acórdãos Correlatos

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE INDÍGENA. CADASTRO EM SISTEMA INFORMATIZADO. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE.

I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). Nesse mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma que "os povos indígenas têm direito a suas próprias medicinas tradicionais e a manter suas práticas de saúde, bem como desfrutar do nível mais alto possível de saúde, e os Estados devem tomar as medidas necessárias para atingir progressivamente a plena realização deste direito" (artigo 24).

II - Na espécie, afigura-se plenamente legítimo o deferimento de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, a fim de determinar à União Federal a adoção de medidas necessárias para cadastramento no Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena - SIASI, no prazo de 60 (sessenta) dias, de todos os indígenas existentes na jurisdição de Paulo Afonso/BA, cujas terras não foram regularizadas, com a consequente distribuição do Cartão do SUS a esses usuários, sob pena de aplicação de multa diária, de modo a viabilizar o exercício do direito à saúde pela população indígena local.

III - Nesse contexto, mostra-se totalmente inadmissível a protelação administrativa em operacionalizar o acesso dos referidos indígenas ao Sistema Universal de Saúde - SUS, considerando-se a essencialidade do bem jurídico pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, caput e respectivo parágrafo 3º), não havendo que se falar em afronta à separação de poderes. Por outro lado, a simples existência de política pública especial voltada para a atenção à saúde da população indígena não exime a ora agravante de efetivamente proporcionar o exercício

do direito constitucional à saúde integral, gratuito e incondicional.

IV - Agravo de instrumento desprovido.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0004093-50.2014.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/10/2018 PAGINA) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÕES BÁSICAS E SERVIÇOS DE SAÚDE INDÍGENA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. REGULARIZAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS À CONVENIADA ("FATO NOVO"). DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. RESERVA DO POSSÍVEL.

1. O art. 6º da Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito à saúde e lhe dispensa o status de direito social fundamental, devendo ser garantido pelo Estado, "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e

serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (art. 196 da CF/88).

2. A FUNASA celebrou os convênios 2.425/06 e 2.426/06 com a ONG Associação Saúde sem Fronteiras - ASSF, terceirizando a mão de obra utilizada para a prestação dos serviços de saúde às comunidades indígenas. Foi suspensa a liberação dos recursos à ASSF, devido a irregularidades, comprometendo o atendimento das populações indígenas.

3. A cláusula décima dos convênios prevê que, “na hipótese de paralisação ou de fato relevante que venha a ocorrer, a CONCEDENTE assumirá a execução do objeto deste convênio, de modo a evitar a descontinuidade das ações pactuadas”.

4. A Administração deve adotar medidas para a prestação dos serviços de saúde, que consubstanciam direito fundamental da população indígena.

5. A análise dos pedidos indeferidos na decisão agravada não encontra óbice no princípio da separação dos poderes, porque “não há que se falar em ingerência do Judiciário na esfera dos outros Poderes, visto que lhe cabe a prerrogativa jurídico-constitucional do monopólio da jurisdição e, nessa qualidade, ostenta a atribuição de

exercer o controle judicial da legalidade dos atos emanados dos entes públicos. Com efeito, é certo que cabe ao Judiciário assegurar, ao que lhe busca socorro, os direitos previstos em Lei, mormente na Constituição da República, tanto mais aqueles tão caros ao cidadão, como o direito à saúde e à vida". (AG 0005166-62.2011.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.705 de 09/09/2011).

6. *Quanto à alegada regularização da transferência dos recursos à conveniada, "o fato novo deve ser levado à apreciação do Juízo que proferiu a decisão agravada", sob pena de indevida supressão de instância relativamente a essa questão.*
7. *O Estado não pode recorrer à discricionariedade administrativa para justificar o não cumprimento de seus encargos, comprometendo direitos fundamentais.*
8. *Caso em que inexiste comprovação da impossibilidade material de cumprimento da decisão agravada, especialmente considerando que se determinou à FUNASA a assunção paulatina, e não de maneira brusca, da execução do objeto dos convênios na forma da cláusula décima.*

9. Nos termos em que proferida, a decisão agravada assegura a continuidade da prestação dos serviços de saúde à população indígena, sem imiscuir-se indevidamente em questões relacionadas à discricionariedade da Administração.

10. Agravo de instrumento desprovido.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0050757-52.2008.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:05/10/2017) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **COMUNIDADES INDÍGENAS. IMPLIMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. CASA DE APOIO À SAÚDE INDÍGENA DE MANAUS/AM E DO DISTRITO SANITÁRIO ESPECIAL INDÍGENA DE MANAUS/AM. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA E**

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ARTS. 5º, XXXV, 196, 216, INCISO II, E 231, CAPUT E RESPECTIVO PARÁGRAFO 3º).

I - A tutela jurisdicional em que se busca a implementação de medidas necessárias à adequada prestação dos serviços de assistência médica a comunidades indígenas, no âmbito da Casa de Apoio à Saúde Indígena de Manaus/AM e do Distrito Sanitário Especial Indígena de Manaus/AM, como no caso, tem por finalidade garantir aos seus integrantes condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, englobando a proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal), na dimensão eficial dos direitos humanos de segunda geração.

II – A Convenção OIT nº 169, que dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, dispõe que: “Artigo 2º: 1. Os governos deverão assumir a

responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. *Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. (...) Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.*

III – Nesse contexto, “os índios têm direito aos meios de proteção à saúde, facultados à comunhão nacional”, assegurando-se-lhes especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados, na infância, na maternidade, na doença e na velhice (Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio), mediante o pleno acesso aos serviços de saúde, nos termos dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90, com as modificações implementadas pela Lei nº 9.836/99, salvaguardando-se, assim, as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos aludidos povos (Convenção OIT nº 169), os quais haverão de ser prestados em postos de saúde instalados para esse fim, nos termos do que dispõe o Anexo à Portaria nº 254/2002 do Ministério da Saúde, na dicção de que, “nas aldeias, a atenção básica será realizada por intermédio dos Agentes Indígenas de Saúde, nos postos de saúde, e pelas equipes multidisciplinares periodicamente, conforme planejamento das suas ações”.

IV – Na hipótese dos autos, constada a omissão do Poder Público, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitu-

cionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, 196, 216, inciso II, e 231, caput e respectivo parágrafo 3º), mediante a implementação das medidas apontadas pelo órgão ministerial, na espécie.

V – Agravo provido. Decisão recorrida parcialmente reformada. (AI 2008.01.00.044018-9/AM, Des. SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/07/2018) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE COMUNIDADES INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. No que concerne à legitimidade passiva, a Lei 8.080/90 - com as alterações promovidas pela 'Lei Arouca' (Lei nº 9.836/99) - e o Decreto nº 3.156/99 estabelecem, no âmbito do SUS, um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, financiado

diretamente pela União e executado pela Funasa, que dá assistência aos índios em todo território nacional, coletiva ou individualmente, e sem discriminações, tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs). Nesse ponto, não há razão para se excluir a União do polo passivo da lide.

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

3. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação se fazer consistiu em determinar as Rés que realizassem diversas ações de saúde em prol das comunidades indígenas do Vale do Javari, tendo em vista os riscos e prejuízos que as referidas comunidades vêm sofrendo em razão da ineficiência das ações do Poder Público.

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

5. Quanto à alegação da reserva do possível, em caso tais "O Estado não pode, a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da "reserva do possível", pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana." (AGRSLT-14174-68.2008.4.01.0000, Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Miguériam, Corte Especial, DJ de 26.2.2010).

6. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento. A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações e à re-

mesma oficial.
(AC 0000240-43.2008.4.01.3201, DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/07/2015 PAGINA:4455.) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

20. Direito à Saúde em Terra Indígena Não Demarcada

“OS POVOS INDÍGENAS TÊM DIREITO A SUAS PRÓPRIAS MEDICINAS TRADICIONAIS E A MANTER SUAS PRÁTICAS DE SAÚDE, BEM COMO DESFRUTAR DO NÍVEL MAIS ALTO POSSÍVEL DE SAÚDE, E OS ESTADOS DEVEM TOMAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA ATINGIR PROGRESSIVAMENTE A PLENA REALIZAÇÃO DESTE DIREITO”

(DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, ARTIGO 24).

20.1. Jurisprudência Nacional

20.1.1. Resumo do Caso

No Município de Paulo Afonso/BA, constatou-se graves falhas na prestação do serviço público de saúde à população indígena não aldeada. O mesmo problema se repetia em terras indígenas não regularizadas na região. Diante desse quadro, o Ministério Público Federal (MPF) promoveu uma ação civil pública a fim de garantir o acesso das comunidades indígenas aos serviços básicos de saúde.

Entre os pedidos formulados, havia determinação para que a União – por meio do Distrito Sanitário Especial Indígena na Bahia (DSEI/BA) – adotasse, no prazo de 60 (sessenta) dias, o cadastramento no Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIA-SI) de todos os indígenas existentes na jurisdição da Subseção de Paulo Afonso/BA, com a consequente distribuição do cartão do SUS aos usuários, sob pena de multa.

Também foi pedida a manutenção em estoque de todos os medicamentos enumerados na Portaria nº 3.185/2010 para fornecimento imediato aos indígenas existentes na região, quer estivessem ou não em terra indígena com processo de demarcação terminado, o

que foi acatado em primeira instância e confirmado pelo Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1).

20.1.2. Extratos do Acórdão

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE INDÍGENA. CADASTRO EM SISTEMA INFORMATIZADO. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE.

I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). Nesse mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma que "os povos indígenas têm direito a suas próprias medicinas tradicionais e a manter suas práticas de saúde, bem como desfrutar do nível mais alto possível de saúde, e os Estados devem tomar as medidas

necessárias para atingir progressivamente a plena realização deste direito” (artigo 24).

II - Na espécie, afigura-se plenamente legítimo o deferimento de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, a fim de determinar à União Federal a adoção de medidas necessárias para cadastramento no Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena - SIASI, no prazo de 60 (sessenta) dias, de todos os indígenas existentes na jurisdição de Paulo Afonso/BA, cujas terras não foram regularizadas, com a consequente distribuição do Cartão do SUS a esses usuários, sob pena de aplicação de multa diária, de modo a viabilizar o exercício do direito à saúde pela população indígena local.

III - Nesse contexto, mostra-se totalmente inadmissível a proteção administrativa em operacionalizar o acesso dos referidos indígenas ao Sistema Universal de Saúde - SUS, considerando-se a essencialidade do bem jurídico pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, caput e respectivo parágrafo 3º), não havendo que se falar em afronta à separação de poderes. Por outro lado, a simples existência de política pública especial voltada para a

atenção à saúde da população indígena não exime a ora agravante de efetivamente proporcionar o exercício do direito constitucional à saúde integral, gratuito e incondicional.

IV - Agravo de instrumento desprovido.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0004093-50.2014.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/10/2018) (grifos nossos)

O voto condutor assim detalhou o entendimento sobre a matéria:

*(..) a saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e **ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação** (artigo 196, da Constituição Federal). Nesse mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma que “os povos indígenas têm direito a suas próprias medicinas tradicionais e a manter*

suas práticas de saúde, bem como desfrutar do nível mais alto possível de saúde, e os Estados devem tomar as medidas necessárias para atingir progressivamente a plena realização deste direito” (artigo 24).

Assim, afigura-se plenamente legítimo o deferimento de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, a fim de determinar à União Federal a adoção de medidas necessárias para cadastramento no Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena - SIASI, no prazo de 60 (sessenta) dias, de todos os indígenas existentes na jurisdição de Paulo Afonso/BA, cujas terras não foram regularizadas, com a consequente distribuição do Cartão do SUS a esses usuários, sob pena de aplicação de multa diária, de modo a viabilizar o exercício do direito à saúde pela população indígena local.

*Com efeito, mostra-se totalmente inadmissível a protelação administrativa em operacionalizar o acesso dos referidos indígenas ao Sistema Universal de Saúde – SUS, considerando-se a essencialidade do bem jurídico pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, **caput** e respectivo parágrafo 3º), não havendo que se falar em afronta à separação de poderes. Por outro lado,*

a simples existência de política pública especial voltada para a atenção à saúde da população indígena não exime a ora agravante de efetivamente proporcionar o exercício do direito constitucional à saúde integral, gratuito e incondicional. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

20.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DOS ÍNDIOS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DE SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E DE BENS INDISPONÍVEIS. LEI 8.080/90 E DECRETO FEDERAL 3.156/99. SÚMULA 126/STJ. ART. 461 DO CPC. MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra a União e a Funasa, objetivando garantir o acesso dos indígenas que não residem na Aldeia Xapécó à assistência mé-

dico-odontológica prestada na localidade, tendo obtido êxito na instância ordinária.

2. In casu, a prestação jurisdicional não beneficia apenas um índio ou alguns índios em particular, mas todos os que se encontram na mesma situação que ensejou a propositura da Ação Civil Pública pelo Ministério Público.

3. No campo da proteção da saúde e dos índios, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública é - e deve ser - a mais ampla possível, não derivando de fórmula matemática, em que, por critério quantitativo, se contam nos dedos as cabeças dos sujeitos especialmente tutelados. Nesse domínio, a justificativa para a vasta e generosa legitimação do Parquet é qualitativa, pois leva em consideração a natureza indisponível dos bens jurídicos salvaguardados e o status de hipervulnerabilidade dos sujeitos tutelados, consoante o disposto no art. 129, V, da Constituição, e no art. 6º da Lei Complementar 75/1993.

4. A Lei 8.080/1990 e o Decreto 3.156/1999 estabelecem, no âmbito do SUS, um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, financiado diretamente pela União e executado pela Funasa, que dá assistência aos índios em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, e sem discriminações.

5. Os apelos não comportam conhecimento no mérito, haja vista o acórdão recorrido estar fundamentado precípuamente nos arts. 5º, 196 e 231 da Constituição da República, não tendo sido interposto Recurso Extraordinário. Incidência da Súmula 126/STJ.

6. Mas mesmo que assim não fosse, a insurgência recursal não prospera, porquanto inexiste, na legislação pátria, respaldo para o critério excludente defendido pela União e pela Funasa - Fundação Nacional de Saúde.

7. O status de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia ou Reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o discriminem utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam fora da Reserva. Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados.

8. *O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos índios caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade, seja porque imposto, de forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral), em que as doenças (ao lado da escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) contribuíram decisivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira.*

9. *É cabível a cominação da multa prevista no art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ.*

10. *Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos.*

(*REsp 1064009/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 27/04/2011*) (*grifos nossos*)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE COMUNIDADES INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRINCÍ-

PIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. *No que concerne à legitimidade passiva, a Lei 8.080/90 - com as alterações promovidas pela 'Lei Arouca' (Lei nº 9.836/99) - e o Decreto nº 3.156/99 estabelecem, no âmbito do SUS, um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, financiado diretamente pela União e executado pela Funasa, que dá assistência aos índios em todo território nacional, coletiva ou individualmente, e sem discriminações, tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs). Nesse ponto, não há razão para se excluir a União do polo passivo da lide.*
2. *Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o status de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196).*

3. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em determinar as Rés que realizassem diversas ações de saúde em prol das comunidades indígenas do Vale do Javari, tendo em vista os riscos e prejuízos que as referidas comunidades vêm sofrendo em razão da ineficiência das ações do Poder Público.

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

5. Quanto à alegação da reserva do possível, em caso tais "O Estado não pode, a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da "reserva do

possível”, pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana.” (AGRS LT-14174-68.2008.4.01.0000, Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Miguieriam, Corte Especial, DJ de 26.2.2010).

6. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 0000240-43.2008.4.01.3201 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.4455 de 10/07/2015) (grifos nossos)

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

- 1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas.*
- 2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes.*
- 3. A etnia Maxakali tem direito de acesso ao subsistema especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90.*
- 4. Apelação desprovida.*

(AC 0003587-38.2005.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

(CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.120 de 04/02/2011)
(*grifos nossos*)

20.2. Jurisprudência Internacional

20.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

20.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai (2010)

A região do Chaco paraguaio é habitada por vários povos indígenas desde tempos imemoriais. Com a venda de 2/3 da região para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), entre os anos de 1885 e 1887, os povos indígenas ficaram confinados, sem acesso aos meios de subsistência, diante da expansão agropecuária.

Especificamente sobre a saúde do povo indígena Xákamok Kásek, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) constatou que as crianças sofrem de desnutrição e os demais membros em geral sofrem de doenças como tuberculose, diarreia, mal de Chagas e outras epidemias ocasionais. Além disso, constatou que a comunidade não teve uma assistência médica adequada e que as

crianças não recebem as vacinas correspondentes e que hospital mais próximo está a 400 quilômetros da comunidade.

20.2.3. Extratos da Sentença

4. Medidas de reabilitação: Fornecimento de bens e prestação de serviços básicos

300. *A Comissão solicitou que fosse ordenado ao Estado “prover de imediato” os membros da Comunidade de bens e serviços adequados de água, educação, assistência sanitária e acesso à alimentação necessária para sua subsistência. Os representantes coincidiram com essa solicitação. O Estado indicou que “aceitava[...] a solicitação de estabelecimento de um posto de saúde, uma escola para ensino secundário, provisão de água potável e infraestrutura sanitária para a Comunidade”.*

301. *Conforme as conclusões expostas no Capítulo VII relativo ao artigo 4 da Convenção Americana, a Corte dispõe que enquanto se entrega o território tradicional, ou se for o caso as terras alternativas, aos membros da Comunidade, o Estado deverá adotar de maneira imediata, periódica e per-*

manente, as seguintes medidas: a) fornecimento de água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal dos membros da Comunidade; b) revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente de meninos, meninas e pessoas idosas, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e tratamento de vermifragação que respeitem seus usos e costumes; c) atendimento médico especial para as mulheres que estão grávidas, tanto antes do parto como durante os primeiros meses depois deste, assim como para o recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar uma alimentação adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade.(grifos nossos)

302. A obrigação indicada no parágrafo anterior é de cumprimento imediato.

(...)

A CORTE

(...)

DECLARA,

(...)

Por sete votos contra um, que,

3. O Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 desta Sentença.

(...)

Por unanimidade, que,

5. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 242 a 244 desta Sentença.

(...)

Por unanimidade, que,

8. O Estado violou os direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os meninos e meninas da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 259 a 264 desta Sentença.

E, DISPÔE

Por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação.

(...)

19. O Estado, enquanto não realizar a entrega do território tradicional, ou se for o caso das terras alternativas, aos membros da Comunidade, deverá adotar de maneira

imediata, periódica e permanente, as medidas indicadas nos parágrafos 301⁴⁰ e 302⁴¹ desta Sentença. (grifos nossos)

(...)

21. *O Estado deverá estabelecer em “25 de Febrero” um posto de saúde permanente e com os medicamentos e insumos necessários para o atendimento de saúde adequado, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 306 da mesma.*

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

40 Trata-se de “a) fornecimento de água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal dos membros da Comunidade; b) revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente de meninos, meninas e pessoas idosas, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e tratamento de vermifugação que respeitem seus usos e costumes; c) atendimento médico especial para as mulheres que estão grávidas, tanto antes do parto como durante os primeiros meses depois deste, assim como para o recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar uma alimentação adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade.

41 “302. A obrigação indicada no parágrafo anterior é de cumprimento imediato.”

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

21. Direito à Educação

“OS POVOS INDÍGENAS TÊM O DIREITO DE ESTABELECER E CONTROLAR SEUS SISTEMAS E INSTITUIÇÕES EDUCATIVOS, QUE OFEREÇAM EDUCAÇÃO EM SEUS PRÓPRIOS IDIOMAS, EM CONSONÂNCIA COM SEUS MÉTODOS CULTURAIS DE ENSINO E DE APRENDIZAGEM.”

(DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, ART. 14, ITEM 1)

21.1. Jurisprudência Nacional

21.1.1. Resumo do Caso

A Terra Indígena Ofaié-Xavante/MS é habitada pelo povo do mesmo nome, e foi declarada de posse permanente dos indígenas em 1992. Porém, a ocupação da terra por fazendeiros acarretou a retirada do povo indígena para uma área que posteriormente foi inundada pela Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta (antiga Porto Primavera). Esses deslocamentos aprofundaram o contato com a sociedade hegemonic, atingindo a própria língua materna, proveniente do tronco Jê, que se tornou em via de extinção.

Foi nesse contexto que o Ministério Públíco Federal (MPF) ajuizou uma ação civil pública com o objetivo de transformar a escola local (Escola Municipal Ofaié Iniecheki) em escola indígena, diante do iminente desaparecimento da língua, com danos à população indígena, ao País e ao mundo.

O pedido incluía também a disponibilização de aulas até a oitava série, uma vez que o ensino é ministrado somente até a quarta série; extensão das aulas para o período noturno; bem como implantação da educação de jovens e adultos, o que evitaria o deslocamento destes até a cidade.

Em memorável acórdão, o Tribunal Regional Federal - 3^a Região (TRF-3) declarou que “a transformação da escola já existente em escola indígena (...) não fere o princípio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.”

21.1.2. Extratos do Acórdão

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INDÍGENA. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. NÃO CONFIGURADA. PERIGO DE EXTINÇÃO DO IDIOMA E DA CULTURA OFAYÉ XAVANTE. INTERVENÇÃO ESTATAL PARA GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESSENCIALIDADE DO DIREITO PRETENDIDO. OMISSÃO ESTATAL CONFIRADA. DECISÃO JUDICIAL QUE ASSEGURA O DIREITO À EDUCAÇÃO, IMPONDO A OBRIGAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E AO

PACTO FEDERATIVO. NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DO E. STF.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar a responsabilidade e a competência da União, do Estado do Mato Grosso do Sul e do Município de Brasilândia/MS, para transformar a Escola Municipal existente na comunidade indígena Ofayé Xavante, em Escola Indígena, garantindo que a língua materna Ofayé não desapareça, bem como que os membros daquela comunidade tenham acesso, pelo menos, à educação básica, nos termos da lei.

2. A Constituição Federal garante a todos o direito à educação e à cultura (art. 205 e 215), fixa a competência dos Estados para atuarem, prioritariamente, no ensino fundamental e médio (§ 3º do art. 211) e organiza os sistemas de ensino, que devem ser promovidos em regime de colaboração entre todos os entes federados (art. 211).

3. A Lei nº 10.172, de 2001, ao aprovar o Plano Nacional de Educação, deixa claro que a educação deve ser uma atividade desenvolvida sempre em cooperação pelos entes da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e reforça a necessidade de se garantir às comunidades indígenas uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue e, dadas as peculiarida-

des regionais, passou a responsabilidade e manutenção das escolas indígenas para os Estados Federados, em conjunto com o Ministério da Educação, retirando da FUNAI essa incumbência executiva (item 9. Educação Indígena).

4. Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado Federado, quando o assunto é a implantação de Escola Indígena em uma das municipalidades que o compõe, de forma a garantir o direito à educação fundamental específica e a preservação da cultura dos povos indígenas.

5. A ausência de implantação de políticas públicas direcionadas ao atendimento de necessidades eminentes, como é a hipótese da garantia do direito à educação a comunidade indígena Ofayé Xavante, que inclusive corre o risco de, por falta dessa providência, ver a sua língua materna e sua cultura extintas, configura omissão do Estado.

6. Assim, a decisão judicial que determina a transformação da escola já existente em escola indígena, ou seja, a adequação da grade curricular para atender às especiais necessidades da comunidade indígena que atende, sob o fundamento de que esse é o caminho para se evitar a ex-

tinção da língua e da cultura daquela comunidade, não fere o princípio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.

7. *De igual modo, em especial quando o assunto é a educação, a colaboração e a obrigação concorrente dos entes da federação para garantir esse direito, tanto no que se refere à promoção, manutenção e desenvolvimento do ensino, quanto ao seu custeio, não afronta, ao contrário, reforça o pacto federativo.*

8. *Assim, a decisão judicial que determina ao Poder Público que cumpra com essa obrigação, também não afronta o pacto federativo, pois se trata de encargo político-jurídico estabelecido constitucionalmente e que deve ser implantado, em face do postulado que rege o nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana.*

9. *Remessa oficial e à apelação às quais se nega provimento. Sentença mantida.*

(TRF 3^a Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1894474 -

0000652-21.2006.4.03.6003, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 22/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2018) (grifos nossos)

O voto condutor assim detalhou:

Vale ressaltar, inicialmente, que a Constituição Federal garante a todos o direito à educação e à cultura (art. 205 e 215), fixa a competência dos Estados para atuarem, prioritariamente, no ensino fundamental e médio (§ 3º do art. 211) e organiza os sistemas de ensino, que devem ser promovidos em regime de colaboração entre todos os entes federados (art. 211).

A Lei nº 10.172, de 2001, ao aprovar o Plano Nacional de Educação, deixa claro que a educação deve ser uma atividade desenvolvida sempre em cooperação pelos entes da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e reforça a necessidade de se garantir às comunidades indígenas uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue e, dada as peculiaridades regionais, passou a responsabilidade e manutenção das escolas indígenas para os Estados da Federação, em conjunto com o Ministério da Educação, retirando da FUNAI essa incumbência executiva (item 9. Educação Indígena).

Na hipótese que ora se analisa, o que requer a inicial é justamente a implantação de uma Escola Indígena de ensino fundamental, competência do Estado, para garantir o acesso à educação e garantir a manutenção da língua materna daquela comunidade indígena, matéria de competência de todos os entes da federação, ai incluídos os Estados Federados.

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado do Mato Grosso do Sul, quando o assunto é a implantação de Escola Indígena em uma das municipalidades que o compõe, para garantir o direito à educação fundamental específica e a preservação da cultura daquela comunidade. Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, sustenta o apelante que a transformação da Escola Municipal em Escola Indígena depende de requerimento da comunidade interessada e de representação da FUNAI e que não existe nos autos prova dessas providências.

O documento de fl. 520, assinado pelo cacique José de Souza é a manifestação que reflete o interesse da comunidade indígena Ofayé Xavante em possuir uma oferta de educação na forma das necessidades características dos povos indígenas. Exigir dos membros de uma comunidade como a Ofayé Xavante que leia os regulamentos expedidos pelo Ministério da Justiça e pelo

MEC antes de fazer uma reinvindicação seria ultrapassar todos os limites do razoável.

Além disso, a norma citada pelo apelante (parágrafo único do art. 2º da portaria Interministerial MJ/MEC nº 559, de 1991), afirma que a transformação pode ser feita apenas com a anuência da comunidade indígena, ou seja, o próprio poder público, disposto e interessado em cumprir com o seu dever de proteger os povos indígenas e sua cultura, pode propor essa transformação e apenas consultar a comunidade indígena para saber de seu interesse, de suas necessidades e peculiaridades.

No que se refere à representação da FUNAI nesse sentido, o documento de fls. 1086/1088, supre essa exigência, ao tempo em que contem expressa manifestação daquela autarquia em "acompanhar as ações e serviços destinados a educação diferenciada para os povos indígenas; (Decreto n. 7.056, art. 2º. VI), em favor da etnia Ofayé-Xavante, pelos meios que lhes são pertinentes", até porque, o interesse da FUNAI foi no sentido de integrar o polo ativo da ação, justamente para garantir, em conjunto com o autor principal, a transformação requerida.

Assim, não há que se cogitar a alegada ausência de pressuposto básico para a transformação da Escola Municipal Ofaié Iniecheki, em Escola Indígena Ofaié Iniecheki, tampouco a ausência

de prova inequívoca da vontade daquela comunidade indígena para que essa mudança ocorra.

Aduz o apelante que poucas são as pessoas que falam a língua Ofayé e que teriam condições de ensiná-la, e que isso, somado ao fato de que aquela comunicada não permite que pessoas estranhas ingressem no local sem permissão, pois, segundo o recorrente, trata-se de um povo agressivo e de difícil aproximação, impossibilita o Estado do Mato Grosso do Sul em "empreender qualquer atividade com vista a cumprir o determinado na sentença".

Essa alegação do recorrente confirma a necessidade de intervenção estatal para evitar a extinção da língua Ofayé, pois, cada dia sem a propagação da língua na comunidade Ofayé Xavante reforça o risco de sua extinção.

É evidente que o estado precisa de permissão para adentrar na comunidade Ofayé Xavante e é assim que deve ser. Isso faz parte do respeito à cultura e aos costumes daquela comunidade indígena, que tem seus hábitos e valores culturais assim como temos os nossos. Não é de se esperar que os deveres e obrigações do Poder Público sejam fáceis. Os desafios são grandes e estão aí para serem vencidos.

O Estado tem o dever de intervir para garantir o direito da comunidade Ofayé Xavante, que já se manifestou favoravelmente à essas transformações e como afirma a FUNAI à fl. 1088, "a comunidade indígena Ofayé-Xavante deverá ser formalmente ouvida pelas autoridades envolvidas na prestação do serviço, a respeito da instalação da escola indígena, em cumprimento ao disposto na Convenção 169, da OIT, que preconiza a consulta livre, prévia e informada (art. 6º, I, "a") às comunidades indígenas, sempre que alguma política pública lhes diga respeito".

Diante disso, não há que se falar em impossibilidade de cumprimento da determinação contida na r. sentença.

Sustenta o recorrente que a r. sentença afronta a ordem orçamentária e infringe aos princípios da separação dos poderes e do pacto federativo.

As fontes orçamentárias para a educação e a manutenção das escolas públicas estão previstas nas leis específicas (a exemplo do art. 68 e seguintes da Lei nº 9.394, de 1996), assim como também está determinada em lei própria, como já mencionado, o dever de garantir a especificidade da educação das comunidades indígenas.

De fato, como afirma o recorrente, a Administração Pública, ao destinar os recursos de que dispõe, deve estabelecer prioridades em razão do interesse público e da maior necessidade de sua atuação em uma área específica, observadas as necessidades mais evidentes da população local (fl. 1187).

No entanto, a ausência de políticas públicas direcionadas ao atendimento dessas necessidades eminentes, como é a hipótese de garantia do direito à educação a comunidade indígena Ofayé Xavante, que inclusive corre o risco de, por falta dessa provisão, ver a sua língua materna e sua cultura extintas, configura omissão do Estado.

Assim, a decisão judicial em apresso, ao determinar a transformação da escola já existente em escola indígena, ou seja, a adequação da grade curricular para atender às especiais necessidades da comunidade indígena que atende, sob o fundamento de que esse é o caminho para se evitar a extinção da língua e da cultura Ofayé Xavante, não fere o princípio da independência entre os poderes, tampouco afronta a ordem orçamentária, haja vista tratar-se de obrigação constitucionalmente estabelecida e que é dever intransponível do Estado.

De igual modo, em especial quando o assunto é a educação, a colaboração e a obrigação concorrente dos entes da federação,

para garantir o exercício desse direito, tanto no que se refere à promoção, manutenção e desenvolvimento do ensino, quanto ao custeio da educação, não afronta, ao contrário, reforça o pacto federativo.

Em razão de sua natureza, o não cumprimento das políticas públicas constitucionalmente fixadas e voltadas à garantia do exercício dessa espécie de direito individual indisponível, por parte de qualquer desses entes da federação, como já foi dito, configura omissão.

Assim, a decisão judicial que determina ao Poder Público que cumpra com essa obrigação, também não afronta o pacto federativo, pois se trata de encargo político-jurídico estabelecido constitucionalmente e que deve ser implantado, em face do postulado que rege o nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

O legislador constituinte garantiu não apenas o exercício dos direitos culturais como também a proteção das manifestações culturais indígenas, aqui incluída a língua materna desses povos. Tanto é assim, que o § 3º do art. 32 da Lei nº 9.394, de 1996, determina que o ensino fundamental será ministrado em

língua portuguesa e assegura que, na hipótese das comunidades indígenas, não apenas as suas respectivas línguas maternas farão parte da grade curricular, como também devem ser observados os seus próprios e peculiares processos de aprendizagem.

Assim, se já existe um trabalho nesse sentido em andamento, que seja informado e submetido ao juízo os detalhes desse estudo, o estágio em que se encontra e o provável prazo para conclusão, o que não invalida a determinação judicial de sua elaboração.

No que se refere ao prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido na r. sentença para a elaboração do projeto Político Pedagógico e o Regimento Interno que viabilizam a transformação da Escola Municipal em Escola Indígena, o Estado de Mato Grosso do Sul demonstrou, nos documentos de fls. que possui condições de cumprir essa determinação judicial dentro do prazo estabelecido, haja vista que não será a primeira vez que trata desse assunto.

O Decreto Estadual nº 10.734, de 2002, do Estado do Mato Grosso do Sul, que criou o Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul e a Escola Indígena, bem como o Plano Estadual de Educação do Mato Grosso do Sul, instituído pela Lei nº 2.791, de 2003, tratam exatamente da garantia pelo Estado

dos direitos à educação das comunidades indígenas daquela unidade da federação, e determina o respeito e a rigorosa observação de suas peculiaridades, bem como o ensino ministrado nas línguas maternas dessas comunidades, com o objetivo de preservar e resgatar a cultura de cada etnia.

Além disso, a educação escolar indígena não é novidade para o Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 175 - composição do Comitê de Educação Escolar Indígena e fls. 184/188 - Relação de Escolas com extensões em áreas indígenas), que conta com técnicos na área de Gestão em Processos de Educação Escolar Indígena/SED/MS, que, aliás, vêm assessorando diversas comunidades indígenas na elaboração da documentação necessária para a regularização de suas respectivas Escolas, conforme se observa do Ofício nº 608, de 24/10/2003, do Senhor Superintende de Políticas de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 216/220).

Assim, fica demonstrada a capacidade técnica do Estado do Mato Grosso do Sul para minutuar os projetos exigidos por lei, discuti-los com comunidade indígena e assim dar início ao processo de transformação da Escola Municipal Ofayé Iniecheki em Escola Indígena, não havendo, portanto, necessidade de aumento dos prazos fixados na r. sentença para o cumprimento de suas determinações.

Ademais, o Estado contará com a colaboração do Município de Brasilândia, que conhece a comunidade Ofayé Xavante e com a UNIÃO/FUNAI, que detém a expertise para lidar com os povos indígenas e disponibilizará recursos humanos, materiais e financeiros para tanto.

No que se refere à fixação de multa diária é perfeitamente cabível para compelir a parte requerida a cumprir a determinação judicial contida na sentença. O valor arbitrado pelo juiz levou em consideração a gravidade do fato, ou seja, o risco de extinção da língua da comunidade indígena Ofayé Xavante. Portanto, em face da observância do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mantenho a multa aplicada.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

21.1.3. Acórdãos Correlatos

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLI-

CAS. ENSINO FUNDAMENTAL EM COMUNIDADES INDÍGENAS, NO ESTADO DO AMAPÁ. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO (CF, ARTS. 210, § 2º, 231, *caput*, e 5º §§ 1º e 2º). CONVENÇÃO OIT Nº 169 (ARTS. 26, 27, 28 E 29); LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO (LEI Nº 9.394/96, ARTS. 26, 26-A, 32, § 3º, 78 E 79). PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Lei nº 10.172/2001). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO FEDERAL E DO ESTADO FEDERADO.

I - A tutela jurisdicional em que se busca a implementação de medidas voltadas a efetiva e adequada prestação do serviço público de ensino fundamental em comunidades indígenas, como no caso, tem por finalidade garantir o exercício regular de garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, mediante a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, devendo ser ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (CF, art.

210, § 2º), cabendo aos entes federados, no âmbito de suas respectivas competências, adotar e implantar tais medidas, à luz dos atos normativos de regência (Convenção OIT Nº 169, Leis nºs 9.394/96 e 10.172/2001), na determinação de eficácia plena do direito humano e fundamental de educação das comunidades indígenas, no plano dos direitos humanos de segunda geração.

II - Na hipótese dos autos, constada a omissão do Poder Público, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o pleno exercício do direito à educação aos povos indígenas, que se encontra constitucionalmente tutelada (CF, arts. 5º, XXXV, 210, 2º, e 231, caput), mediante a implementação das medidas postuladas pelo Ministério Público Federal.

III - Desprovimento da remessa oficial e da apelação da União Federal. Sentença confirmada. A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do voto do Relator. (AC 0002803-80.2012.4.01.3100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 20/08/2018) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALTA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DESCABIMENTO. PENDÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE UM DOS PEDIDOS. JULGAMENTO CITRA PETITA. NULIDADE DA SENTENÇA. CAUSA MADURA. AVANÇO NO MÉRITO DA DEMANDA (CPC, ART. 1.013, §3º, III). EDUCAÇÃO ESCOLAR DOS POVOS INDÍGENAS. TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE RORAIMA PARA MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA ESTADUAL COM EVENTUAL COLABORAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 78 DA LEI DE DIRETRIZES E BASE DA EDUCAÇÃO NACIONAL (LEI Nº 9.394/96) E RESOLUÇÃO Nº 03/CNE/99. PRESCRIÇÃO. PREJUDICIAL REJEITADA.

I. Na espécie, o pedido deduzido não se refere tão somente à declaração de nulidade do Decreto Estadual nº 7.617-E/2006, que transferiu a responsabilidade pela manutenção da Escola Estadual Padre José Anchieto para o Município de Pacaraima/RR, mas também objetiva a condenação do Estado de Roraima a continuar a gerir e a manter o referido estabelecimento educacional. Com efei-

to, a revogação do referido decreto estadual redundou na perda superveniente do interesse processual apenas em relação ao pedido de declaração de nulidade daquele ato normativo, persistindo, contudo, o interesse na resolução da demanda, com incursão no mérito da causa, quanto à pretendida condenação em obrigação de fazer, sendo que a sentença monocrática afigura-se nula em virtude de julgamento citra petita, nos termos do art. 492, do CPC vigente. Considerando-se que a causa se encontra madura, o pedido remanescente deve ser apreciado nesta instância recursal, a teor do art. 1.013, §3º, III, do CPC vigente.

II - Não há que se falar em prescrição da pretensão autoral, na medida em que o respectivo lapso temporal foi interrompido com o despacho que ordena a citação, retroagindo à data de propositura da ação, sendo que, no caso, não houve o transcurso do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, não podendo, ainda, ser imputada a demora da tramitação processual contra a parte autora, que diligente e tempestivamente deduziu em juízo sua pretensão.

III Nos termos do art. 78 da Lei nº 9.394/96 e da Resolução nº 03/CNE/99, cumpre prioritariamente ao Estado prover a educação escolar indígena, admitindo-se a participação do Município, em regime de colaboração, desde que disponha de condições técnicas e financeiras adequa-

das para tanto, bem como possua a anuênciam das comunidades indígenas interessadas. Assim, afigura-se ilegal a tentativa de transferir para o Município de Picaraíma/RR a prestação de tal serviço público essencial, com os ônus que lhe são inerentes, devendo, pois, na espécie, a gestão e manutenção da Escola Indígena Padre José de Anchieta (atual Escola Indígena Tuxua Silvestre Messias) permanecer sob a responsabilidade do Estado de Roraima.

IV - Apelação da FUNAI provida, para anular a sentença recorrida e, avançando no mérito da causa (CPC/15, art. 1.013, § 3º, III), julgar procedente o pedido inicial, para condenar o Estado de Roraima na obrigação de manter sob sua responsabilidade a gestão da Escola Indígena Padre José de Anchieta (atual Escola Indígena Tuxua Silvestre Messias).

A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da FUNAI para anular a sentença recorrida e, nos termos do artigo 1.013, § 3º, III do CPC vigente, julgou procedente o pedido inicial. (AC 0000699-89.2007.4.01.4200, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 11/05/2018 PAG.) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À EDUCAÇÃO. COMUNIDADE INDÍGENA MARAWAI. CONSTRUÇÃO DE ESCOLA. PRECARIEDADE DA ESCOLA EXISTENTE. TOMADA DE PROVIDÊNCIAS PRÁTICAS. CABIMENTO DA MEDIDA LIMINAR.

I - Nos termos do art. 78 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e da Resolução nº 3 do Conselho Nacional de Educação, de 10 de novembro de 1999, cumpre prioritariamente ao Estado prover a educação escolar indígena, admitindo-se a participação do Município, em regime de colaboração, desde que disponha de condições técnicas e financeiras adequadas para tanto, bem como possua a anuência das comunidades indígenas interessadas.

II - Na espécie, restam plenamente demonstrados os pressupostos necessários ao deferimento da medida liminar, no sentido de que sejam tomadas providências práticas para a construção de escola para atender à comunidade indígena Marawai, notadamente ante a flagrante omissão estatal em prover adequada e satisfatoriamente educação aos povos indígenas, sendo que a escola existente comprovadamente expõe os alunos e professores a

sérios riscos de segurança, uma vez que funciona de forma bastante precária, com cadeiras velhas e com risco de desabamento, entre outros problemas. II - Agravo de Instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento e declarou prejudicado o agravo interno. (AG 0047320-56.2015.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 08/05/2018) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONSTRUÇÃO DE ESCOLA EM COMUNIDADE INDÍGENA. CONTINUIDADE DAS OBRAS. ENTES FEDERATIVOS. FNDE. LEGITIMIDADE. MULTA. FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. MULTA GESTORES PÚBLICOS. AFASTADA. MULTA ENTES PÚBLICOS. REDUZIDA.

1. A tutela coletiva está permitida para os direitos individuais homogêneos, aqueles que, embora tenham destinatários identificáveis e individualizáveis, se originam de uma causa comum (de fato e/ou de direito), sendo viável o ajuizamento de ação ci-

vil pública por meio da qual se busca a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer (art. 3º, Lei nº 7.347/85).

2. Respeitado o núcleo intangível dos direitos fundamentais, forçosa se apresenta a consideração da comprovada carência de recursos financeiros públicos e das escolhas levadas a efeito pelo Administrador, com a autocontenção judicial. Ou seja, para a promoção do mínimo existencial, não se admitem, de ordinário, alegações de impossibilidade fática ou jurídica, abrindo-se as portas para a sindicabilidade judicial.

3. Todos os entes federativos são responsáveis pela promoção da educação. A Constituição inclusive deixa claro, no art. 211, que ela deve ser prestada em regime de colaboração entre Municípios, Estados e União, cabendo aos estados, prioritariamente, atuar no ensino fundamental e médio (§ 3º).

4. Identifica-se a mora estatal em garantir o acesso da comunidade indígena ao ensino público de qualidade, posto que os trâmites para a construção da escola duram mais de dez anos, e ainda em 2011 houve o início das obras, as quais entretanto restaram paralisadas em 2013, deixando desassistidos os estudantes em idade escolar, o que autoriza a intervenção judicial postulada e justifica o deferimento do pedido liminar.

5. Descabida a aplicação de multa dirigida aos gestores públicos quando comprovado nos autos que atuaram no sentido de cumprir a determinação judicial, ainda que por outros motivos não tenha sido atendida a ordem do Juízo.

6. A imposição de multa aos entes públicos pelo não cumprimento da ordem do Juízo visa a garantir a eficácia da determinação judicial, bem como dar efetividade e agilidade ao processo, sendo certo que o seu descumprimento, quando há possibilidade de fazê-lo, também constitui ato atentatório à dignidade da justiça, a qual não pode ser medida tal como os interesses das partes.

7. Pode o Juiz, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, conforme previsão do § 1º do art. 237 do CPC (art. 461, § 6º do CPC/1973), uma vez que o seu objetivo é o cumprimento do julgado e não o enriquecimento da parte autora.

8. No caso em exame, ainda que o valor inicialmente fixado por este Tribunal a título de multa fosse adequado àquele momento, as alterações ocorridas posteriormente no contexto fático a que se refere a presente demanda, com a movimentação das entidades envolvidas no sentido de cumprir a determinação judicial, indica que o montante total a ser alcançado pela incidência da

multa diária revela-se excessivo, especialmente por se tratar de sanção aplicada a entes públicos, mostrando-se razoável a limitação do valor total da multa em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

(TRF4, AC 5014197-57.2014.4.04.7202, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 29/11/2018) (grifos nossos)

21.2. Jurisprudência Internacional

21.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

21.2.2. Resumo do Caso Xákamok Kásek vs. Paraguai (2010)

A região do Chaco paraguaio é habitada por vários povos indígenas desde tempos imemoriais. Com a venda de 2/3 da região para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), entre os anos de 1885 e 1887, os povos indígenas ficaram confinados, sem acesso aos meio de subsistência e à educação.

Um dos povos indígenas que vivia na região era o Xákamok Kásek. Sem acesso ao seu território e a serviços básicos de educação, o Relator sobre Povos Indígenas da Comissão Interamericana “constatou as precárias condições da escola onde assistem ao redor de 60 meninos e meninas da Comunidade”. Indicou que a “escola tem uma superfície aproximada de 25m², sem um teto adequado que proteja da chuva e sem chão, não tem mesas, cadeiras, nem materiais educativos”. Ademais, indicou que “os meninos e as meninas ausentam-se cada vez mais da escola por falta de alimentos e de água”. Constatou também que “o ensino é dado em guarani e em castelhano e não em sanapaná ou enxet, os idiomas dos membros da Comunidade”.

21.2.3. Extratos da Sentença

211. De acordo com os padrões internacionais, os Estados têm o dever de garantir a acessibilidade à educação básica gratuita e à sustentabilidade da mesma. Em particular, quando se trata de satisfazer o direito à educação básica no seio de comunidades indígenas, o Estado deve propiciar o referido direito com uma perspectiva etnoeducativa. O anterior implica adotar medidas positivas para que a educação seja culturalmente aceitável sob uma perspectiva étnica diferenciada.

212. No presente caso, o senhor Maximiliano Ruiz, docente na Comunidade indicou que há “85 alunos [...], a maior parte [pertencentes à etnia] Sanapaná, mas se ensina o programa do Ministério de Educação”. Indicou que existe deserção escolar em razão da situação em que estão. Apesar de o senhor Maximiliano Ruiz reconhecer que o Estado fornece “merendas escolares”, indicou que estas são esporádicas e não mensais.

213. Da prova apresentada, a Corte observa que ainda que algumas condições na prestação da educação por parte do Estado tenham melhorado, não existem instalações adequadas para a educação das crianças. O próprio Estado anexou um conjunto de fotos onde se observa que as aulas ocorrem sob um teto sem paredes e ao ar livre. Igualmente, o Estado não assegura nenhum tipo de programa para evitar a deserção escolar.

(...)

257. O Tribunal lembra que as crianças possuem os direitos que correspondem a todos os seres humanos e têm, ademais, direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado. A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos das crianças, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de to-

dos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira aos menores de idade. Igualmente, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das crianças, em consideração a sua condição particular de vulnerabilidade.

258. *Esta Corte estabeleceu que a educação e o cuidado da saúde das crianças supõem diversas medidas de proteção e constituem os pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna por parte das crianças, que em virtude de sua condição estão frequentemente desprovidas dos meios adequados para a defesa eficaz de seus direitos.*

(...)

261. *Com respeito à identidade cultural dos meninos e das meninas de comunidades indígenas, o Tribunal adverte que o artigo 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece uma obrigação adicional e complementar que confere conteúdo ao artigo 19 da Convenção Americana, e que consiste na obrigação de promover e proteger o direito das crianças indígenas a viver de acordo com sua própria cultura, sua própria religião e seu próprio idioma.*

262. *No mesmo sentido, este Tribunal considera que dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a diversida-*

de cultural está incluída a obrigação especial de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas.

263. Nesse sentido, a Corte considera que a perda de práticas tradicionais, como os rituais de iniciação feminina ou masculina e as línguas da Comunidade, e os prejuízos derivados da falta de território, afetam de forma particular o desenvolvimento e a identidade cultural dos meninos e das meninas da Comunidade, que não poderão sequer desenvolver essa especial relação com seu território tradicional e essa particular forma de vida própria de sua cultura se não forem implementadas as medidas necessárias para garantir o desfrute destes direitos.

264. Em virtude de todas as considerações prévias, o Tribunal considera que o Estado não adotou as medidas de proteção necessárias em favor de todos os meninos e meninas da Comunidade, em violação do direito consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma.

(...)

4. Medidas de reabilitação: Fornecimento de bens e prestação de serviços básicos

300. A Comissão solicitou que fosse ordenado ao Estado “prover de imediato” os membros da Comunidade de

bens e serviços adequados de água, educação, assistência sanitária e acesso à alimentação necessária para sua subsistência. Os representantes coincidiram com essa solicitação. O Estado indicou que “aceitava [...] a solicitação de estabelecimento de um posto de saúde, uma escola para ensino secundário, provisão de água potável e infraestrutura sanitária para a Comunidade”. (grifos nossos)

301. Conforme as conclusões expostas no Capítulo VII relativo ao artigo 4 da Convenção Americana, *a Corte dispõe que enquanto se entrega o território tradicional, ou se for o caso as terras alternativas, aos membros da Comunidade, o Estado deverá adotar de maneira imediata, periódica e permanente, as seguintes medidas: (...) f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua.* Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade. (grifos nossos)

302. A obrigação indicada no parágrafo anterior é de cumprimento imediato.

(...)

6.2. Dano imaterial

(...)

323. Tendo isso em consideração e como foi feito em casos anteriores, a Corte considera procedente ordenar, em equidade, que o Estado crie um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial sofrido pelos membros da Comunidade. Este fundo e os programas que chegarem a apoiar deverão ser implementados nas terras que sejam entregues aos membros da Comunidade, conforme os parágrafos 283 a 286 e 306 desta Sentença. **O Estado deverá destinar a quantia de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América) para esse fundo, a respeito do qual devem ser destinados recursos, entre outras coisas, para a implementação de projetos educacionais, habitacionais, de segurança alimentar e de saúde, assim como de fornecimento de água potável e a construção de infraestrutura sanitária, em benefício dos membros da Comunidade.** Estes projetos deverão ser determinados por um comitê de implementação, descrito a seguir, e deverão ser completados em um prazo de dois anos, a partir da entrega das terras aos membros da Comunidade. (grifos nossos)

Dante das constatações acima, a Corte IDH assim decidiu:

A CORTE

(...)

DECLARA,

(...)

Por sete votos contra um, que,

3. O Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 desta Sentença.

(...)

Por unanimidade, que,

5. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 242 a 244 desta Sentença.

(...)

Por unanimidade, que,

8. O Estado violou os direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os meninos e meninas da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 259 a 264 desta Sentença.

E, DISPÔE

Por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação.

(...)

19. O Estado, enquanto não realizar a entrega do território tradicional, ou se for o caso das terras alternativas, aos membros da Comunidade, deverá adotar de maneira

imediata, periódica e permanente, as medidas indicadas nos parágrafos 301⁴² e 302⁴³ desta Sentença. (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra da sentença](#)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

42 Trata-se de "a) fornecimento de água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal dos membros da Comunidade; b) revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente de meninos, meninas e pessoas idosas, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e tratamento de vermifugação que respeitem seus usos e costumes; c) atendimento médico especial para as mulheres que estão grávidas, tanto antes do parto como durante os primeiros meses depois deste, assim como para o recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar uma alimentação adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade.

43 "302. A obrigação indicada no parágrafo anterior é de cumprimento imediato."

22. Direito ao Salário-Maternidade

“OS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS DEVERÃO GOZAR PLENAMENTE DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, SEM OBSTÁCULOS NEM DISCRIMINAÇÃO...”

(CONVENÇÃO 169/OIT, ART. 3º, ITEM 1)

22.1. Jurisprudência Nacional

22.1.1. Resumo do Caso

Várias etnias no Brasil admitem que a vida sexual de jovens se inicie logo após a primeira menarca. Assim, indígenas menores de 16 anos, em razão das peculiaridades culturais do grupo, já desenvolvem atividade agrícola em regime de economia familiar e podem engravidar. Ocorre que o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) fixa como segurado especial a pessoa maior de 16 anos. Quem estiver abaixo dessa idade, fica sem possibilidade de acesso ao salário-maternidade.

Foi nesse contexto que o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O objetivo era garantir às indígenas gestantes menores de 16 (dezesseis) anos, o direito à percepção de salário-maternidade.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu que a limitação etária não pode afastar a condição de segurada especial para mulheres indígenas.

22.1.2. Extratos do Acórdão

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDÍGENAS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS. CONDIÇÃO DE SEGURADAS ESPECIAIS. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. *Quanto à alegada violação do artigo 374 do CPC/2015, a irresignação não pode ser conhecida, porquanto ausente o necessário prequestionamento.*
2. *No caso, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com o objetivo de reconhecer direito individual homogêneo das indígenas, menores de 16 anos, ao salário-maternidade, na condição de seguradas especiais do Regime Geral de Previdência Social.* 3. *O sistema previdenciário protege os indígenas, caso desempenhem trabalho remunerado. A Constituição da República de 1988, a Convenção 129 da Organização Internacional do Trabalho e o Estatuto do Índio são uníssonos ao proteger os direitos indígenas e garantir à esta população, no tocante ao sistema previdenciário, o mesmo tratamento conferido aos demais trabalhadores.* 4. *A limitação etária não tem o condão de afastar a condição de segurada especial das indígenas*

menores de 16 (dezesseis) anos, vedando-lhes o acesso ao sistema de proteção previdenciária estruturado pelo Poder Público.

Princípio da primazia da verdade. Precedentes.

5. As regras de proteção das crianças e adolescentes não podem ser utilizadas com o escopo de restringir direitos. Nos casos em que ocorreu, ainda que de forma indevida, a prestação do trabalho pela menor de 16 (dezesseis) anos, é preciso assegurar a essa criança ou adolescente, ainda que indígena, a proteção do sistema previdenciário, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei, devendo ser afastado o óbice etário.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1650697/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017)

O voto condutor assim explica o reconhecimento do direito:

Todavia, antes de adentrar a questão da menor de 16 (dezesseis) anos gestante e do seu respectivo direito ao benefício salário-maternidade, é preciso, em um primeiro momento, averi-

garar se o ordenamento jurídico brasileiro e internacional confere ao indígena a proteção prevista pelo sistema de segurança social.

A Constituição da República de 1988, a despeito das diversas normas contidas ao longo do texto constitucional, dedicou o seu Capítulo VIII à tutela do indígena, protegendo e promovendo a sua cultura.

Internacionalmente, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, agência multilateral da Organização das Nações Unidas, sensível aos indígenas de várias localidade do globo terrestre, editou a Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais de 189 ratificada pelo Brasil no ano de 2002, por meio do Decreto Legislativo 143.

A referida Convenção, dentre seus vários dispositivos, prever no artigo 3º, item 1, conjugado com o artigo 20, item 2, que deverá ser garantido ao povo indígena o pleno acesso e gozo dos direitos humanos e fundamentais, cabendo aos governos adotarem medidas especiais para garantir aos trabalhadores indígenas uma proteção especial, evitando qualquer discriminação, especificamente quanto a todos os benefícios da segurança social.

Confira o inteiro teor dos referidos artigos, in verbis:

“Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação dos homens e mulheres desses povos.”

“Artigo 20.

1. Os governos interessados deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores especialmente quanto a:

[...]

c) assistência médica e social, segurança e higiene do trabalho, todos os benefícios da seguridade social e de mais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;”

Na mesma toada, o Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973), em seus artigos 14 e 55, disciplina que não haverá discriminação entre os indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-lhes todos os direitos e garantias previstos na legislação trabalhista e no sistema previdenciário. Disciplina, ainda, que o regime geral da previdência social será extensivo aos indígenas, observando-se as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades.

Infere-se, pois, a enorme preocupação do ordenamento jurídico pátrio e internacional em tutelar as populações indígenas e tribais que, ao longo do desenvolvimento humano, sofreram com o extermínio e o aculturamento.

Impõe-se, portanto, a conclusão de que a interpretação tendente à proteção previdenciária para a população em geral, e de igual modo à população indígena.

Transposta a questão da aplicabilidade do regime de seguridade social ao indígena, mister analisar se a adolescente indígena

menor de 16 (dezesseis) anos, pode titularizar o benefício salário-maternidade a ser pago pelo INSS.

Notadamente, quando o requisito etário do trabalhador no Brasil, a Constituição da República, ao discorrer sobre os direitos sociais, prescreve, em seu artigo 7º, XXXIII, ser vedado qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Em observância ao limite etário fixado pela Magna Carta, a Lei n. 8.213/1991, no que toca ao trabalho campesino, em seu artigo 11, VI, “c”, e par, 6º, determina que, para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesseis) anos devem participar das atividades rurais do grupo familiar.

Sob uma interpretação literal, portanto, poderia se pensar que a referida limitação etária teria o condão de afastar a condição de segurada especial das indígenas menores de 16 (dezesseis) anos, vedando-lhes o acesso ao sistema de proteção previdenciária estruturado pelo Regime Geral da Previdência Social.

Todavia, as regras de proteção da criança e do adolescente não podem ser utilizadas com o escopo de restringir direitos, pois, do contrário, estar-se-ia colocando os menores em situação ain-

da mais vulnerável, afastando a proteção social garantida pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, é, devera, sensível a preocupação de que não se pode permitir ou estimular o trabalho realizado pelo menor de 16 (dezesseis) anos. Nessa idade, o Estado deve priorizar a educação da criança e do adolescente, e não o aproveitamento de sua força de trabalho.

Contudo, não se pode fechar os olhos para a realidade socioeconômico do país em que, a despeito do inegável avanço, ainda propicia que a criança e o adolescente sejam utilizados, de forma precoce, como força de trabalho familiar.

No presente caso, o objeto da ação civil pública revela que ocorreu, ainda que de forma indevida, a prestação do trabalho pela indígena menor de 16 (dezesseis) anos. Assim, é preciso assegurar-lhes a proteção do sistema previdenciário, desde que cumpridos os requisitos exigidos.

O requisito idade, para qualificar a indígena como trabalhadora rural, legitimando, por conseguinte, sua condição de segurada especial, deve ser preenchido com o princípio da primazia da verdade.

Nesse sentido já se manifestou a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS. ATIVIDADE CAMPESINA COMPROVADA. ART. 11, VII, c, Par. 6º DA LEI 8.213/91. CARÁTER PROTETIVO DO DISPOSITIVO LEGAL. NORMA DE GARANTIA DO MENOR NÃO PODE SER INTERPRETADA EM SEU DETRIMENTO. IMPERIOSA PROTEÇÃO DA MATERNIDADE, DO NASCITURO E DA FAMÍLIA. DEVIDA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. O sistema de Seguridade Social, em seu conjunto, tem por objetivo constitucional proteger o indivíduo, assegurando seus direitos à saúde, assistência social e previdência social; traduzindo-se como elemento indispensável para garantia da dignidade humana.

2. A intenção do legislador infraconstitucional ao impor o limite mínimo de 16 anos de idade para a inscrição no RGPS era a de evitar a exploração do trabalho

da criança e do adolescente, ancorado no art. 7º, XXXI-II da Constituição Federal.

3. Esta Corte já assentou a orientação de que a legislação, ao vedar o trabalho infantil, teve por escopo a sua proteção, tendo sido estabelecida a proibição em benefício do menor e não em seu prejuízo, aplicando-se o princípio da universalidade da cobertura da Seguridade social.

4. Desta feita, não é admissível que o não preenchimento do requisito etário para a filiação ao RGPS, por uma jovem impelida a trabalhar antes mesmo de seus dezesseis anos, prejudique o acesso ao benefício previdenciário, sob pena de desamparar não só a adolescente, mas também o nascituro que seria privado não apenas da proteção social, como do convívio familiar, já que sua mãe teria de voltar às lavouras após seu nascimento.

5. Nessas condições conclui-se que, comprovado o exercício de trabalho rural pela menor de 16 anos durante o período de carência do salário-maternidade (10 meses), e devida a concessão do benefício.

6. Na hipótese, ora em exame, o Tribunal de origem, soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos, asseverou que as provas materiais carreadas aliadas às testemunhas ouvidas, comprovam que a autora exerceu atividade campesina pelo período de carência exigido por lei, preenchendo todos os requisitos para a concessão do benefício.

7. Recurso Especial do INSS desprovido.

(REsp 1.440.024/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/8/2015,
De 28/8/2015)"

Outrossim, por lealdade, é preciso anotar que a egrégia Segunda Turma já possui julgado no mesmo sentido ora defendido. Todavia, trata-se de acórdão proferido em sede de agravo regimental que, a despeito de irretocável, não obteve desse órgão julgador, destaque à altura da relevância da causa.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. INDÍGENA. MENOR DE 16 ANOS. ATIVIDADE CAMPESINA COM-

PROVADA. NORMA DE GARANTIA DO MENOR NÃO PODE SER INTERPRETADA EM SE DETRIMENTO IMPERIOSA PROTEÇÃO DA MATERNIDADE, DO NASCITURO E DA FAMÍLIA. DEVIDA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. É possível conceder o benefício previdenciário à menor de 16 anos que tenha trabalhado em atividade rural durante o período de carência do salário-maternidade (10 meses).

2. Vedar a filiação ao RGPS a uma jovem menor de 16 anos que efetivamente tenha exercido atividade rural pela simples ausência do requisito etário enseja o desamparo não só a adolescente, mas também o nascituro, que seria privado não apenas da proteção social, como do convívio familiar, já que sua mãe teria de voltar ao exercício profissional após seu nascimento. Precedentes (REsp 1.440.024/RS, Rel. Ministro Napoleão NUNES MAIA FILHO. Primeira Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015. Agravo regimental improvido

(*AgRg no REsp 1.559.760/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 3/12/2015, DJe 14/12/2015*).

No caso em tela, o Tribunal de origem concluiu que o povo indígena merece ser tutelado pela Seguridade Social, razão pela qual, comprovada a maternidade e a qualidade de segurada especial da indígena, durante o período de carência, deve ser concedido o benefício salário-maternidade, independentemente da sua idade. Por isso, não merece reforma o acórdão recorrido, pois em plena harmonia com o entendimento do STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

22.1.3. Acórdãos Correlatos

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDÍGENAS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS. CONDIÇÃO DE SEGURADAS ESPECIAIS. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. *Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em que objetiva que o réu se abstenha de indeferir*

rir, exclusivamente por motivo de idade, os requerimentos de benefícios de salário-maternidade formulados pelas seguradas indígenas da cultura Mbyá-Guarani provenientes de qualquer cidade de competência. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

2. O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento do STJ em casos idênticos aos dos autos. Por emblemático, transcreve-se trecho do REsp 1.650.697/RS: "3. O sistema previdenciário protege os indígenas, caso desempenhem trabalho remunerado. A Constituição da República de 1988, a Convenção 129 da Organização Internacional do Trabalho e o Estatuto do Índio são uníssonos ao proteger os direitos indígenas e garantir à esta população, no tocante ao sistema previdenciário, o mesmo tratamento conferido aos demais trabalhadores. 4. A limitação etária não tem o condão de afastar a condição de segurada especial das indígenas menores de 16 (dezesseis) anos, vedando-lhes o acesso ao sistema de proteção previdenciária estruturado pelo Poder Público. Princípio da primazia da verdade. as regras de proteção das crianças e adolescentes não podem ser utilizadas com o escopo de restringir direitos. 5. Nos casos em que ocorreu, ainda que de forma indevida, a prestação do trabalho pela menor de 16 (dezesseis) anos, é preciso assegurar a essa criança ou adolescente, ainda que indígena, a proteção do

sistema previdenciário, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei, devendo ser afastado o óbice etário” (REsp 1.650.697/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/5/2017).

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1559760/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/12/2015; REsp 1440024/RS, Rel.

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 28/08/2015.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1709883/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 19/11/2018)

CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULHER INDÍGENA. DISCRIMINAÇÃO POR ETNIA, SEXO E IDADE. DISCRIMINAÇÃO MÚLTIPLA OU INTERSECCIONAL. DIREITOS CULTURAIS. DIVERSIDADE CULTURAL. DIREITO AO RECONHECIMENTO. DIREITO PROBATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA.

PODER JUDICIÁRIO. LEGISLADOR NEGATIVO. ATUAÇÃO CONCRETIZADORA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA. DIREITOS SOCIAIS DERIVADOS. PRESTAÇÃO SOCIAL POSITIVA. PROIBIÇÃO DO TRABALHO. MENORES DE DEZESSEIS ANOS. NORMA PROTETIVA. TRATAMENTO DIFERENCIADO. POSSIBILIDADE.

1. *O MPF tem legitimidade para a defesa, por meio de ação civil pública, de direitos individuais homogêneos em matéria previdenciária, notadamente em defesa das comunidades indígenas, nos termos do art. 129, V, da Constituição.*
2. *Direito à proteção previdenciária em favor de mulheres mães indígenas, ainda que com idade inferior a 14 anos de idade.*
3. *A Constituição da República reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231). O Estatuto do Índio prevê que “o regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas” (art. 55).*

4. A Constituição de 1988, atenta às diferenças culturais presentes na sociedade brasileira, previu tratamento específico quanto às culturas e etnias indígenas. Toda a legislação infra-constitucional deve ser interpretada conforme o comando do artigo 231, que prevê verdadeiro direito ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas.

5. Inaplicabilidade ao caso do art. 11, VII, "c", da Lei n.^o 8.213/1991, que estipula a idade de 16 anos, para o filho ou quem for a este equiparado, como segurado obrigatório da Previdência Social, porque não se trata de condição de segurada decorrente da qualidade de filha, mas sim de cônjuge ou compaheira de segurado especial, uma vez que a mulher indígena em questão estabelece relação conjugal.

6. Mesmo no paradigma do Código Civil, direito legislativo próprio da cultura não-indígena, permite-se o casamento aquém dos 16 anos de idade, em caso de gravidez (CC, art. 1520). Se assim é em norma jurídica cuja aplicação divorciada da cultura indígena seria inadequada - e que poderia levar à condição de segurada, como cônjuge, abaixo dos 16 anos -, com muito mais razão diante do mandamento constitucional de respeito às diferenças culturais.

7. No plano dos fatos, a literatura especializada não deixa dúvida quanto à idade de casamento na cultura kaingang ser não só inferior aos 16 anos, como serem consideradas adultas e, portanto, aptas para casarem desde a menarca (que ocorre entre os 9 e 15 anos, acontecendo em média aos 12 anos; dentre os Kaingang, há registro científico de 13 anos como idade média).

8. Na cultura indígena em questão, como em geral nas culturas indígenas espalhadas pelo Brasil, por volta dos 12 anos surgem não somente a menarca, como também a vida adulta. Junto com a vida adulta, não há como não reconhecer, igualmente, a participação ativa e relevante destas indígenas nas atividades vitais para o desenvolvimento de sua comunidade, expressão que utilizo objetivando aproximar-me da categoria “trabalho”, como entendida desde a modernidade.

9. Não bastasse a proibição constitucional de discriminação sexista quanto à compreensão do que seja trabalho, a proibição de discriminação étnica também incide, fazendo ver que as atividades desempenhadas por mulheres indígenas casadas e mães, independentemente de idade, são culturalmente relevantes e valorizadas na cultura kaingang. É preciso, portanto, evitar qualquer tentação colonialista de desprezar o trabalho indígena, sob pena de violação da proibição de discriminação por motivo étnico, bem como em face do artigo 231 da CF/88.

10. Assim, ficam superadas alegações quanto à falta de comprovação de trabalho ou, do “costume de trabalhar” (sic). Tal argumentação parece padecer, ainda que involuntariamente, das representações preconceituosas, decorrentes do etnocentrismo, em particular, quanto às atividades produtivas na cultura indígena, e, mais ainda, quando se entrecruzam etnia, sexo e idade.

11. Diante de fatos históricos, passados e presentes, bem como da organização social da cultura indígena, estamos diante de fato público e notório, que não pode se confundir somente com aquilo que é disseminado no senso comum e, mais grave ainda, no senso comum da cultura branca ocidental. A dificuldade probatória decorrente da chamada discriminação institucional indireta, vale dizer, de efeitos discriminatórios involuntários originados da dificuldade que a cultura dominante e os grupos privilegiados têm para perceber a sua posição de vantagem e a naturalização, como se neutra fosse, sua visão de mundo.

12. A jurisprudência, inclusive aquela do Supremo Tribunal Federal, assentou que não podem ser prejudicados em seus direitos trabalhistas e previdenciários os menores de idade que exerçam efetivamente atividade laboral, ainda que contrariamente à Constituição e à lei, no tocante à idade mínima permitida para o referido trabalho. O limite mínimo de idade para que alguém possa trabalhar é garantia constitucional em prol

do menor, vale dizer, norma protetiva do menor norteadora da legislação trabalhista e previdenciária. A mesma norma editada para proteger o menor não pode, no entanto, prejudicá-lo naqueles casos em que, não obstante a proibição constitucional, efetivamente trabalhou.

13. *Não se sustenta o argumento de que o Estatuto do Índio apenas estende aos índios o regime previdenciário em vigor, o que significaria tornar letra morta o art. 55. Fosse correta tal interpretação, bastaria ao Estatuto dizer que a Previdência Social deve abranger os índios, sem necessidade de atender suas condições sociais, econômicas e culturais. Este argumento não ultrapassa, ainda pelo menos duas ordens de razões. A primeira diz respeito mesmo à letra da lei, aplicada no contexto cultural em causa. A mulher indígena aqui não é filho nem menor a tanto equiparada. Ela é, no mínimo, cônjuge, quando não trabalhadora segurada especial. A segunda, a partir e mesmo além da letra da lei, pelo chamado “espírito da lei”, no caso, a sua finalidade protetiva.*

14. *De outro lado, não se está a aplicar tratamento diferenciado com base em critérios não razoáveis. Pelo contrário, o critério de diferenciação é perfeitamente razoável, tendo em vista as peculiaridades da cultura indígena, em especial da etnia Kain-gang, e está expressamente previsto em Lei (Estatuto do Índio).*

Trata-se de normativa, a propósito, que deve ser vista como especial, prevalecendo diante das disposições da Lei n.º 8.213/1991, que ignoram os costumes das comunidades indígenas.

15. É superável igualmente o argumento de que a permissão da concessão de benefício a menores de dezesseis anos equivale a política assistencialista, cuja atribuição é da FUNAI. Não se trata de política propriamente assistencialista, mas sim de conceder benefício previdenciário também a menores de dezesseis anos, assim como já é concedido às maiores, desde que satisfeitos os demais requisitos. 16. Também não se sustenta o argumento de que a flexibilização do limite etário incentivará o trabalho infantil e a gravidez precoce. A um, porque tais elementos já ocorrem há muito tempo, fazendo parte da cultura dos índios, havendo ou não cobertura previdenciária; a dois, porque não se concebe a impossibilidade de se conceder qualquer benefício previdenciário ao argumento de que poderá abstratamente incentivar alguém a preferir a situação de risco coberta pela Previdência. A possibilidade de recebimento de salário-maternidade de forma alguma incentivará a gravidez precoce e muito menos pode servir de argumento para flexibilizar o requisito etário.

17. Não se trata de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Primeiro, porque o artigo 231 da CF/88, que é norma de direito fundamental, a proteger liberdade e igualdade fundamentais aos povos indígenas, bem como a reconhecer sua dignidade, tem eficácia direta e imediata. Ainda que não se empreste tal eficácia direta e aplicabilidade imediata do direito de igualdade, estamos diante de direito fundamental derivado a não-ser discriminado no sistema previdenciário. Deste modo, o tribunal está agindo não como legislador positivo, não está inovando. Ele está aplicando a clássica proteção antidiscriminatória, de natureza negativa, ao dizer o que o legislador, no sistema que ele mesmo erigiu, não pode fazer: ele não pode excluir direito derivado à proteção social para uns e favorecer outros. Dito de outro modo: não há espaço para opção legislativa que viole o dever de observância à igualdade, seja diretamente, seja, como no caso, de direito derivado a prestação social.

18. Apelação e remessa necessária desprovidas, mantendo-se a sentença que determinou ao INSS que admita o ingresso no RGPS e se abstenha de indeferir benefício de salário-maternidade em razão do requisito etário para mulheres indígenas residentes em comunidades Kaingang abrangidas pela Subseção Judiciária de Palmeira das Missões/RS.

(TRF4, AC 5001796-23.2015.4.04.7127, QUINTA TURMA,
Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em
29/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ATIVIDADE RURAL COMO INDÍGENA. SEGURADA ESPECIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. ORGANIZAÇÃO SOCIAL, COSTUMES, LÍNGUAS, CRENÇAS E TRADIÇÕES INDÍGENAS. LAUDO ANTROPOLÓGICO. POSSIBILIDADE. 1. *Tratando-se de pedido de concessão de salário maternidade de indígena, equiparada a trabalhadora rural, no valor de um salário mínimo, pelo prazo de 120 dias, não se há de falar em remessa oficial, porquanto certo que o valor da condenação não ultrapassa o teto previsto no art. 475, § 2º, do CPC.*

2. *O INSS reconhece os direitos previdenciários a indígenas, na qualidade de segurados especiais, em razão das atividades rurais e de caça e pesca. Assim, o salário maternidade é devido às mulheres indígenas de forma congênere ao da segurada especial que exerce atividade rural em regime de economia familiar.*

-
3. Nos termos da jurisprudência deste TRF da 1^a Região e do STJ é possível reconhecer o direito ao benefício previdenciário à mãe indígena menor de 16 anos, uma vez que a vedação constitucional ao trabalho ao menor de 16 anos, constante do art. 7º, XXXIII da CF/88 é norma de garantia do trabalhador, que visa a proteção da criança, não podendo ser interpretada em seu desfavor, quando efetivamente comprovada a atividade rural.
4. Conforme laudo antropológico juntado aos autos, na comunidade indígena a que pertence a autora, a vida sexual se inicia normalmente após a primeira menarca, independente da idade em que isso ocorre, o que contribui para a gestação precoce. Esclarece, ainda, o estudo que as jovens indígenas menores de 16 anos, em razão das peculiaridades socioculturais do grupo, já desenvolvem atividade agrícola em regime de economia familiar.
5. A proteção à maternidade é um direito social (art. 6º da CF/88) e um dos focos de atendimento da previdência social. O benefício em questão tem por finalidade proteger não só a mãe, mas também a criança, neste momento delicado que inspira maiores cuidados para a proteção do menor.
6. Remessa oficial não conhecida.

7. *Apelação não provida. A Turma, por unanimidade, NÃO CONHECEU da remessa oficial e NEGOU PROVIMENTO à apelação.*

(AC 0004216-63.2011.4.01.4200, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO NEVES DA CUNHA, TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 11/05/2017)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

23. Direito à Intervenção do MPF, Funai e União Previamente à Decisão Liminar

“PARA NÓS, A PALAVRA É UMA SEMENTE. A GENTE NÃO FALA POR FALAR, TEM QUE SER CUMPRIDO. A PALAVRA CRIA RAIZ, FOLHAS E FRUTOS. NÃO PRECISAM GOSTAR DOS ÍNDIOS, MAS TÊM QUE CUMPRIR A LEI.”

(KEREXU YXAPYRY/ENICE ANTUNES, Povo Mbya Guarani/SC)

23.1. Jurisprudência Nacional

23.1.1. Resumo do Caso

A Comunidade Indígena Pataxó Aldeia Nova/BA foi demandada judicialmente por particulares que ajuizaram ação de reintegração de posse. Naquela oportunidade, foi deferida medida liminar para reintegrar os autores na posse da área da "Fazenda Paloma".

A União e a Fundação Nacional do Índio (Funai) recorreram ao Tribunal Regional Federal – 1^a Região (TRF-1), sem sucesso.

Em seguida, recorreram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, por sua vez, deu provimento ao recurso com base no argumento de que houve violação do art. 63, da art. 63 da Lei nº 6.001/73.

23.1.2. Extratos do Acórdão

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. ART. 63 DA LEI N° 6.001/73. NECESSÁRIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O art. 63 da Lei nº 6.001/73 determina que "nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio". Assim, deve ser anulada a decisão que concedeu liminar de reintegração de posse de terras em processo de demarcação sem atentar para a regra insculpida nesse dispositivo legal.

2. Prejudicada a análise do mérito da liminar concedida.

3. Recurso especial provido.

(REsp 840.150/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 23/04/2007, p. 246) (grifos nossos)

O voto condutor assim detalhou:

O recurso oferece fundamentos suficientes para o seu conhecimento. Embora de modo sucinto, a recorrente ofereceu as razões pelas quais entende que o acórdão deveria ser reformado por este Tribunal. Assim, afasto a preliminar suscitada nas

contra-razões e passo à análise de cada um dos pontos suscitados.

Mostra-se inviável a análise de violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil por falta de manifestação de tema de natureza constitucional, no que diz respeito aos arts. 20, XI, 129 e 232 da Carta da República. Nesse sentido tem reiteradamente manifestado esta Corte, considerando que esse exame, mesmo para aferir-se a alegada omissão da parte interessada, seria de competência do Supremo Tribunal Federal.

Passo, então, ao exame da alegada vulneração aos artigos 19 e 63 da Lei nº 6.001/73, que encerram questão prejudicial quanto à nulidade de decisão que determinou a reintegração de posse.

O acórdão emitiu seu entendimento ancorado nas razões expostas no item 3 do seu voto condutor:

"3. Não é, igualmente, de declarar-se a nulidade da decisão agravada por ter sido concedida a liminar sem ouvir-se a União Federal e a Funai, como dispõem o art. 63 da Lei 6.001, de 1973, e o parágrafo único do art. 928 do Código de Processo Civil, se já decorreu um certo espaço de tempo. Anular por quê e para quê? Não faz sentido a anulação" (fl. 137).

Assim preconizam os artigos 928 do Código de Processo Civil e 63 da Lei nº 6.001/73:

"Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada."

"Art. 63. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícias ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio".

Malgrado as ponderações deduzidas no julgado, não há dúvida de que se impõe ao julgador as oitivas obrigatórias da União e da Funai em causas de interesse dos índios, o que grava de nulidade insanável a decisão de primeiro grau que deferiu a medida acautelatória.

Reporto-me aqui às bem lançadas considerações tecidas pelo Procurador Regional da República Dr. Alexandre Camanho de Assis:

"Ambos os dispositivos, embora contidos em textos legais diversos, têm sua razão de ser no sistema de proteção determinado pelo ordenamento jurídico: um decorre do interesse dos silvícolas, o outro, do interesse público, genericamente compreendido. É certo, portanto, que o fundamento das normas aqui observadas dizem respeito à necessidade de se conferir a determinadas decisões maior amplitude de discussão revestindo-a, consequentemente, de maior segurança, por força do evidente interesse coletivo que se pretende tutelar.

O interesse público assim o exige, a fim de que, submetida a questão a um contraditório prévio, se possam contrapor legitimamente os interesses em questão.

A imposição legal decorre, inclusive, da homenagem rendida ao contraditório e à ampla defesa, bem como da observância dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim agindo, o juízo monocrático frustrou não apenas a aplicação do regramento legal previsto, mas também de normas constitucionais, decorrendo daí manifesto prejuízo.

Para casos que tais, o legislador expressamente prescreveu a nulidade absoluta dos atos. Nesse sentido, o artigo 246 do Código de Processo Civil: 'é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir'.

O Tribunal, ao não decretar a nulidade da decisão, contrariou, inclusive, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

'A intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem argüir nulidade nem prejuízo, supre a falta de intervenção do Parquet na primeira instância, não acarretando a nulidade do processo' (ênfase acrescida).

'Exsurgindo evidente o interesse público na solução da demanda, necessária é a intervenção do MP, em todas as fases da demanda sob pena de nulidade do processo, não a suprindo a manifestação subsequente do Procurador-Geral, já o feito em julgamento no segundo grau de jurisdição' (ênfase acrescida).

Ressalte-se que o parquet, instado a se manifestar, argüiu as apontadas nulidades - prequestionando a ma-

téria, inclusive, por meio de embargos -, daí repontando inequívoco o prejuízo sofrido na defesa da contraposição de interesses em casos como o que aqui se discutem é tão sobremaneira acentuada e relevante que a lei impõe a oitiva da entidade responsável pela defesa do interesse público em debate, como procedimento indispensável á concessão de qualquer medida liminar” (fls. 202-204).

No mesmo diapasão, a Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho também se manifestou:

“O caso em exame estava a exigir audiência prévia da posse, possibilitando a ambas as partes a comprovação dos fatos alegados. Ao não cumprir tal exigência, posto que à Funai e à União não foi dado comprovar a posse tradicional indígena da área antes da concessão da medida liminar, o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 63 da Lei nº 6.001/73 e no art. 938, parágrafo único, do CPC” (fl. 214).

Assim, fica prejudicado o exame de mérito quanto às demais questões trazidas pela recorrente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

23.1.3. Acórdãos Correlatos

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. ART. 105, III, A, DA CF/1988. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO, À DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA (USINA HIDROELÉTRICA DE BALBINA/AM), PROPOSTA PELA ELETRO NORTE, EM DECORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS PELO ESTADO DO AMAZONAS A PARTICULARES, SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA. ÁREA COM FORTES INDÍCIOS DE ANTERIOR OCUPAÇÃO INDÍGENA, DA ETNIA WAIMIRI ATROARI, E DE INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO IRREGULAR DAS GLEBAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. OBRIGATORIEDADE, SOB PENA DE NULIDADE ABSOLUTA (CPC, ARTS. 84 E 246).

1. O Ministério Público deve intervir ab origine nas causas nas quais sobressai o interesse público, por isso que nesse estágio processual pode produzir provas e atuar com maior amplitude

do que o órgão ministerial cuja função se opera na instância ad quem.

2. In casu, controverte-se sobre transmissão de glebas nas quais há fortes indícios de tradicional ocupação indígena, fato que conduz à obrigatoriedade intervenção do Parquet Federal, sob pena de nulidade absoluta, nos moldes erigidos pelo artigo 232, da Constituição Federal de 1988, e dos artigos 84 e 246, do Código de Processo Civil. (Precedente: REsp 660.225/PA, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 06/10/2008)

2. Deveras, no caso sub judice, há fundadas suspeitas de fraude na alienação de terras devolutas, pairando dúvidas acerca da titularidade da área à época das transmissões, sobre ser da União (por se tratar de terras indígenas) ou do Estado federado, surgindo expressiva questão prejudicial ao domínio, pressuposto da ação de desapropriação

3. In casu, cuida-se de ação declaratória ajuizada em 08 de agosto de 1986, à ação de desapropriação por utilidade pública, promovida para fins de formação de reservatório da Usina Hidrelétrica de Balbina, no Estado do Amazonas, sob o fundamento de que o titulado não implementou condição resolutiva

do título aquisitivo expedido pelo Estado do Amazonas, sendo certo que a ação apenas contou com a manifestação do Parquet Federal em segunda instância.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido, para anular a sentença, determinando-se a sua oitiva a partir da primeira instância, prejudicadas as demais questões, bem como os recursos especiais interpostos pela Eletronorte e pela União.

(REsp 934.844/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 25/11/2010) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. NECESSÁRIA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO DE PROVAS. NATUREZA SATISFATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Ação cautelar de produção antecipada de provas com o escopo de demonstrar que a área não tem natureza indígena, cumulada com o pedido de suspensão da Portaria nº 447/2001, do

Presidente da FUNAI, a qual, entre outras providências, estabeleceu, em relação à área que denomina TERRA ÍNDIGENA RIO PARDO, restrição ao direito de ingresso, locomoção e permanência, a pessoas estranhas aos quadros daquela autarquia, pelo prazo de 3 anos.

2. O pleito de suspensão da Portaria nº 447/2001, do Presidente da FUNAI, tem natureza satisfativa e não poderia ser cumulado com o rito cautelar, consequentemente, por outros fundamentos; vale dizer, o da inadequação da ação, o destino do processo cautelar não seria outro senão a extinção terminativa. Precedentes do STJ: REsp 923.279/RJ, DJ 11.06.2007; EREsp 327.438/DF, Corte Especial, DJ 14.08.2006; REsp 676630/SE, DJ 26.09.2005; REsp 327.380/RS, DJ de 04/05/05 e REsp 139.587/RS, DJ de 28/02/2005.

3. A interpretação teleológica do disposto no art. 63 da Lei n. 6.001/73 (Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio) e a especial proteção dispensada aos povos indígenas pela Constituição Federal, em seu art. 231 e parágrafos, conduz à inexorável conclusão da imprescindibilidade da prévia oitiva da União e da Funai em sede de pedido liminar

que envolva interesses dos povos indígenas. Precedente do STJ:REsp 840.150/BA, DJ 23.04.2007.

4. O pedido liminar sub judice, engendrado em sede de medida cautelar, objetiva a sustação do cumprimento da Portaria nº 447/2001, do Presidente da FUNAI, a qual, entre outras provisões, estabelece, em relação à área que denomina TERRA ÍNDIGENA RIO PARDO, restrição ao direito de ingresso, locomoção e permanência, a pessoas estranhas aos quadros daquela autarquia, pelo prazo de 3 anos.

5. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso Especial desprovido, prejudicada a Medida Cautelar n.º 8.802/DF.

(REsp 641.665/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 07/08/2008) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SUSPENSÃO DA DEMARCAÇÃO DE ÁREA INDÍGENA. ETNIA IKPENG (TERRA RORO-WARU). ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE LIMINAR SEM A OITIVA DA UNIÃO FEDERAL E DA FUNAI. REGULARIDADE DO PROCESSO DEMARCATÓRIO. NEGATIVA INJUSTIFICADA DE ACESSO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO CURSO DO PROCEDIMENTO.

I - Na espécie, a decisão agravada deixou de observar as disposições do art. 63 da Lei nº. 6.001/73 (Estatuto do Índio), na determinação de que “nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio”, circunstância essa que, por si só, já caracterizaria, em princípio, a sua nulidade. Ademais, o inconformismo do Sindicato Rural de Paranatinga/MT repousa em meras presunções, no sentido de que, no caso, não estariam presentes os elementos necessários à caracterização das terras descritas nos autos, como se indígenas fossem, a despeito dos alon-

gados estudos realizados no bojo do procedimento administrativo em referência, em função do qual milita a presunção de legitimidade, cujo afastamento reclama ampla dilação probatória, a inviabilizar a concessão da medida postulada no feito de origem, em sede liminar.

II - Agravo de instrumento provido para indeferir a antecipação dos efeitos da tutela, deferida pelo juízo monocrático, na espécie. Agravo interno prejudicado. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento e declarou prejudicado o agravo interno.

(AG 0013691-91.2015.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 07/11/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMUNIDADE INDÍGENA XAKRIABÁ, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE ITACARAMBI/MG. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. MATÉRIA CONTROVERTIDA. NECESSI-

DADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA DA UNIÃO FEDERAL E DOS RESPECTIVOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO (FUNAI E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL). VIOLAÇÃO À NORMA DO ART. 63 DA LEI Nº 6.001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO). NULIDADE.

I - Nos termos do art. 63 da lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), “nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio”.

II - Na hipótese dos autos, afigura-se nula a decisão agravada, em que se determinou a suspensão de procedimento de redefinição da demarcação de terras tradicionalmente ocupados pela comunidade indígena Xakriabá, localizada no Município de Itacarambi/MG, eis que proferida, liminarmente, em flagrante violação à norma do referido art. 63 da lei nº 6.001/1973, à míngua de prévia oitiva da União Federal, da Fundação Nacional do Índio e do Ministério Público Federal.

III - Ademais, em se tratando de pretensão amparada em situação fática manifestamente controvertida (suposta ausência de tradicionalidade na ocupação da área indígena descrita nos autos), afigura-se incabível a concessão liminar da tutela jurisdicional postulada, por reclamar extensa dilação probatória, com vistas na aferição da existência, ou não, dos requisitos legais necessários para a redefinição da área indígena em referência.

II - Agravo de instrumento provido. Decisão agravada anulada. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento.

(AG 0017445-41.2015.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 20/04/2016) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

24. Furto de Madeira de Terra Indígena ou do Entorno (Penal)

*"AS FLORESTAS TROPICAIS GUARDAM RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS
QUE AINDA FAREMOS."*

DITADO SURINAMÊS

24.1. Jurisprudência Nacional

24.1.1. Resumo do Caso

Em 2017, uma organização criminosa (art. 288, CP) invadiu a Terra Indígena Uru-Eu-Wau-Wau/RO com o fim de cometer furto qualificado de madeira (155 §4º IV, CP) e desmatamento de floresta pública (art. 50-A da Lei 9.605/1998). A Polícia Federal deflagrou a Operação *Jurerei* que desmantelou a organização e culminou com a prisão dos envolvidos.

Um dos presos impetrou *Habeas Corpus* no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), sem sucesso. No julgamento, ficou ressaltado o concurso de crimes.

24.1.2. Extratos do Acórdão

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CÓDIGO PENAL). FURTO QUALIFICADO DE MADEIRA (ART.155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL). DESMATAMENTO DE FLORESTAS PÚBLICAS (ART. 50-A DA LEI 9.605/1998). PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE. INDÍCIOS

SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *Os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que a validade do decreto de prisão cautelar pressupõe que o julgador apoie sua decisão nas circunstâncias fáticas do caso concreto, com a finalidade de evidenciar que a liberdade do paciente traz risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.*
2. *Considerando o conjunto probatório que se fez acompanhar da presente impetração de habeas corpus, assim como as informações prestadas pela autoridade coatora, deve-se concluir que não merece reforma a decisão confrontada pelo habeas corpus, tendo em vista que o impetrante não trouxe aos autos elementos de prova suficientes para afastar a necessidade da prisão preventiva.*
3. *Inicialmente, os delitos imputados ao paciente, sem sombra de dúvida, tem, em seu conjunto, pena superior a 04 (quatro) anos, atendendo à exigência do art. 313, I, do CPP.*

4. Da mesma forma, à primeira vista, há elementos de materialidade e indícios de autoria em desfavor do paciente.
5. Inicialmente, o paciente teve a prisão temporária decretada nos autos do Processo 5261.04.2017.4.01.4100, em decisão datada de 28/7/2017, em razão da deflagração da Operação Jure-rei, tendo o magistrado a quo consignado que a medida, naquele momento, seria a adequada para garantir a continuidade das investigações em curso.
6. Todavia, ante o fato de o paciente não ter sido encontrado para o cumprimento do mandado de prisão temporária (havendo indícios de que havia se evadido do distrito da culpa), a decisão proferida, datada de 21/8/2017, decretou a prisão preventiva do paciente, tendo o magistrado a quo considerado necessária a imposição de tal medida para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, representada pela necessidade imperativa de interromper ou, pelo menos, diminuir a atuação da associação criminosa e resguardar as providências investigatórias em andamento.
7. De fato, analisando os elementos agregados ao presente habeas corpus pode-se concluir existir, com grau de suficiência, prova mínima da participação do paciente nos fatos investigados.

8. Do conteúdo da decisão se infere que as investigações (especialmente as interceptações telefônicas realizadas com autorização da justiça) apontam no sentido de que o paciente associado a outros investigados – inclusive outros membros de sua família, seriam responsáveis pela prática de atos de invasão da terra indígena Uru Eu Wau Wau, na região de Campo Novo (Grotão, Liberdade e Terra Roxa), com o objetivo de desmatar e subtrair as madeiras ali existentes, destinando-as para madeireiras da região.

09. Os diálogos entre o paciente e outros integrantes da associação criminosa, captados durante as interceptações telefônicas, evidenciam a exploração comercial de floresta pública, com subtração de produtos florestais de domínio da União, efetuado pelo núcleo familiar do paciente, a degradação da floresta pública na área identificada a partir das interceptações pelo mesmo grupo, e também no destino, com a comprovação de receptação de madeiras pela madeireira de Campo Novo/RO (de propriedade do coinvestigado).

10. Nas conversas transcritas na decisão de revela-se um grande número de pessoas envolvidas, fornecendo informações ao núcleo formado pelo paciente e outros dois familiares seus (pai

e irmão) sobre a presença da Polícia Federal. Nas ligações existem orientações, tais como: esconder a madeira, retirar os caminhões, tratores e máquinas em geral, avisar às pessoas sobre a chegada da Polícia Federal e outras com o fim de garantir a continuidade do crime.

11. Após deflagrada a Operação Jurerei e determinada a prisão provisória do paciente, este não foi encontrado no local de residência, frustrando o interesse persecutório do Estado e o cumprimento da medida cautelar que lhe foi inicialmente imposta.

12. Ao se manifestar pela decretação preventiva do paciente, afirma o Ministério Público Federal que a ERB do telefone celular do paciente, desde a deflagração da Operação, indicou movimentação fora do local de residência habitual. Destacou o órgão ministerial que, embora o investigado, ora paciente, tenha se apresentado espontaneamente na Delegacia de Polícia Federal em Porto Velho, a apresentação somente ocorreu em 11 de setembro de 2017, mais de um mês após a decretação da prisão temporária, posteriormente convertida em prisão preventiva.

13. Considerados os indícios de que o paciente evadiu-se do distrito da culpa e, ainda, considerada a circunstância de que o Juízo a quo reporta que mesmo após a intervenção da Polícia Federal e do ICMBIO na área invadida, os investigados permane-

ceram na atividade de exploração de madeiras – o que estaria evidenciado em áudios e no fato de ter sido apreendido quantidade significativa de madeiras a descoberto (sem documentação de origem) no pátio da madeireira de Campo Novo, madeireira esta que seria a principal destinatária do produto florestal ilegalmente extraído pelo grupo integrado pelo paciente, todo esse contexto recomenda a segregação cautelar do paciente para garantia da ordem pública (uma vez que existe a possibilidade concreta de que solto continuará a repetir a conduta de exploração ilegal de madeiras, de maneira clandestina) e da instrução criminal (ante o risco de fuga do distrito da culpa).

14. Nesse quadro, a concessão de liberdade provisória poderá aumentar para o investigado, ora paciente, a sensação de impunidade, servindo inexoravelmente de incentivo à prática de novas condutas delituosas. Assim, é o caso de se confirmar o decreto prisional.

15. Cabe referir que o Juízo a quo, ao prestar as informações datadas de 28/8/2017, reporta que nos autos do Inquérito Policial 403/2017 (Processo 9551-62.2017.4.01.4100) foi deferido o pedido de dilação probatória de 15 (quinze) dias para a conclusão da investigação, a fim de que a autoridade policial proceda à realização das diligências complementares ainda pendentes.

16. De outro lado, a aplicação de medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP, em substituição à segregação preventiva, somente seria levada em consideração caso fosse superado o temor de que o paciente posto em liberdade poderia atentar contra a ordem pública, fundamento adotado para a decretação da prisão preventiva, a teor do artigo 312 do CPP.
17. Cabe registrar que condições pessoais favoráveis, por si só, não têm o condão de afastar a prisão cautelar decretada fundamentadamente.
18. Na hipótese dos autos, portanto, restou evidenciada a legalidade da prisão preventiva a que está submetido o paciente, pois presentes os requisitos de sua decretação.
19. Ordem de habeas corpus denegada, confirmando o que decidido em sede liminar.

(TRF1. HC 0048901-38.2017.4.01.0000. Desembargador Relator Néviton Guedes. Quarta Turma. DJe 24.1.2018) (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

24.1.3. Acórdãos Correlatos

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 39 DA LEI 9.605/1998. DESMATAR NO ENTORNO DA RESERVA INDÍGENA KARIKUNAS. ART. 3º, § 2º, DA LEI 4.771/1965. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ART. 2º, XVIII, DA LEI 9.995/2000. ZONA DE AMORTECIMENTO. ART. 50-A, § 1º, DA LEI 9.605/1998. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO.

1. Nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 4.771/1965, as reservas indígenas também são consideradas áreas de preservação permanente. Em razão disso, enquadraram-se nas disposições contidas na Lei 9.995/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

2. De acordo com o art. 2º, XVIII, da Lei 9.995/2000, as zonas de amortecimento consistem no entorno de áreas de preservação permanente, e sofrem limitações legais com o objetivo de

proteger as referidas regiões, nas quais se incluem as reservas indígenas. Precedente da Turma.

3. A excludente de ilicitude prevista pelo § 1º do art. 50-A da Lei 9.605/1998 aplica-se aos casos em que o dano é praticado em terras de domínio público ou devolutas e não às situações em que o desmatamento ocorreu em área de entorno de reserva indígena, considerada região de preservação permanente.

4. Materialidade, autoria e dolo comprovados.

5. Dosimetria da pena em conformidade com os arts. 59 e 68 do CP.

6. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 7º da Lei 9.605/1998 c/c o art. 44, § 2º, do CP.

7. Apelação desprovida.

(TRF1. AP 0001406-66.2007.4.01.4100. Desembargadora Relatora Mônica Sifuentes. Terceira Turma. DJe 20.9.2013) (grifos nossos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMÉRCIO ILEGAL DE MADEIRAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PEDIDO DE ESPECIFICAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL E ARRESTO DE BENS. ARTIGOS 134 E 137 DO CPP. ARTIGO 46 E 50-A DA LEI N. 9608/1998. FATOS COMPLEXOS. EXTRAÇÃO ILEGAL DE MADEIRA DA TERRA INDÍGENA MEQUÉNS. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

- 1. Existência de esquema de exploração de madeiras de terra indígena, receptação e dissimulação de produtos florestais e formação de quadrilha, com suposto envolvimento do impetrante.*
- 2. Para o deferimento da hipoteca legal (bens imóveis do patrimônio do réu - art. 134 do CPP) e o arresto (art. 137 do CPP) exige-se que haja prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria, elementos que, ainda que indiciários, apontem o acusado como o autor do fato, o que restou cabalmente comprovado nos autos, sendo desnecessária a prova da origem ilícita dos bens.*
- 3. A medida não significa a expropriação dos bens, tendo em vista que só ao final da persecução criminal, se provada a res-*

ponsabilidade jurídico-penal do acusado - detentor/possuidor do bem arrestado -, poderá ser decretada a perda em favor da União ou a sua penhora, conforme o caso.

4. A considerar a complexidade dos fatos relacionados à Operação Mesclado e a descoberta da manutenção e expansão da atividade criminosa para a Terra Indígena Roosevelt, descabe alegar excesso de prazo, razão pela qual se faz necessária a permanência das medidas restritivas concedidas.

5. Segurança denegada. A Seção, à unanimidade, denegou a segurança.

(AMS 0045032-04.2016.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TRF1 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:24/02/2017) (grifos nossos)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECEPÇÃO DE MADEIRA EXTRAÍDA ILEGALMENTE. DISCUSSÃO ACERCA DA ORIGEM DA MADEIRA. INDÍCIOS DE DESMATAMENTO EM ÁREA DE RESERVA INDÍGENA. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA

JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE DE POSTERIOR ENVIO PARA A JUSTIÇA DO ESTADO. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Públíco Federal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da Vara única de Vilhena/RO, que declinou da competência para processar e julgar ação penal oferecida em desfavor dos recorridos, imputando-lhes a suposta prática do delito tipificado no art. 180, § 1º, do CP, e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual.

2. O Juízo a quo assim decidiu por entender que não existe prova nos autos de que a madeira adquirida fosse oriunda de área de terras indígenas o que impõe a fixação da competência da Justiça Estadual para a condução do processo, sem prejuízo de que, apurando-se ao longo da instrução a existência de circunstância que venha a justificar a devolução dos autos para a Justiça Federal, tal providência venha a ser adotada.

3. É cediço que a Justiça Federal somente detém competência para julgar crimes ambientais quando praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais, hipóteses que se inserem no âmbito da compe-

tência genérica que lhe foi atribuída pelo art. 109, IV, da CF/88. Isso porque a preservação do meio ambiente é matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

4. No caso, em 02.12.2009, os acusados, na qualidade de sócios administradores da pessoa jurídica Benevides Ltda mantiveram em depósito, no exercício de atividade comercial, madeiras em tora que deveriam saber ser produto de crime, uma vez que não possuíam documento comprobatório de origem nem autorização legal para armazenagem ou transporte desses produtos.

5. A peça acusatória afirma ainda que, a partir de informação da Polícia Federal e de fotografias de satélite, conclui-se que as madeiras apreendidas advieram das terras indígenas bem próximas ao Distrito de Boa Vista do Pacarana (Zoró, Sete de Setembro e Reserva Roosevelt), uma vez que não é crível que as madeireiras retiram as madeiras de planos manejos que distam de 25 a 50 km de sua sede quando é de conhecimento público e notório que o produto das madeireiras da região é originário de terras indígenas.

6. No presente contexto é razoável manter-se a competência da Justiça Federal durante a fase instrutória do feito, de modo que, apenas se após o seu desfecho não vier a ser definitivamente comprovado que a origem da madeira é de área de interesse da União, seja ele encaminhado em definitivo para a Justiça Estadual.

7. Recurso em sentido estrito provido.

(TRF1. RSE 0004087-53.2014.4.01.4103. Desembargador Relator Néviton Guedes. Quarta Turma. DJe 27.9.2017) (grifos nossos)

PENAL. FURTO DE MADEIRA EM RESERVA INDÍGENA (ART. 155, CP). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A extração de madeira de terras indígenas, com inobservância do disposto no § 6º, do art. 231, da Constituição Federal, subsume-se perfeitamente ao delito de furto, porquanto tal conduta se traduz na subtração de “coisa alheia móvel” pertencente à União, por força da regra constitucional inserta no art. 20, XI, da Carta Magna.

2. Autoria e materialidade provadas, bem como o elemento subjetivo do tipo.

3. Apelação provida.

(TRF1. AP 2005.01.00.070363-2. Relatora Convocada Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho. Quarta Turma. DJe 3.11.2008)

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. EXPLORAÇÃO ILEGAL DE MADEIRA. RESERVA INDÍGENA MEQUÉNS. "OPERAÇÃO ÁGATA". PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. MATERIALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RETEREAÇÃO NO MESMO CRIME. DECRETO PRISIONAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. É firme a exegese dos Tribunais Superiores no sentido de que a decretação da prisão cautelar, de modo a preencher a teleolo-

gia do artigo 312 do Código de Processo Penal, há de estar devidamente fundamentada em elementos concretos, não sendo possível meras alusões à gravidade abstrata do delito à necessidade de ser preservada a credibilidade das instituições ou à possibilidade de reiteração criminosa, sendo necessária a efetiva vinculação do paciente ao evento delituoso.

2. A prisão preventiva somente pode ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade), indícios suficientes da autoria e quando presentes pelo menos um dos fundamentos que a autorizam: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista que, por meio de tal medida priva-se o individuo de seu jus libertatis antes da condenação definitiva, por sentença transitada em julgado.

3. Após a vigência da Lei 12.403/2011, para a decretação da prisão preventiva, exige-se, além da presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a ocorrência dos elementos fixados no artigo 313 dessa mesma Codificação (condições de admissibilidade).

4. A prisão preventiva decretada em nome da garantia da ordem pública configura motivo idôneo para a decretação ou ma-

nutenção da constrição cautelar, mormente quando há elementos indicativos da propensão criminosa do agente.

5. Circunstâncias pessoais favoráveis relativas à primariedade, vínculo profissional, residência fixa e/ou bons antecedentes, não tem relevância para, isoladamente, ensejar a concessão de liberdade provisória, mormente quando o ato atacado mostrar-se suficientemente fundamentado, com base em elementos concretos atinentes à materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria, e na necessidade de ser preservada a ordem pública.

6. Caso em que o Paciente foi preso em flagrante quando surpreendido no interior da Reserva Indígena Mequéns, em Alto Alegre dos Parecis/RO, de posse de um trator e de uma arma de fogo e munições sem autorização legal, em local onde existentes vestígios de recente exploração ilegal de madeira.

7. Ordem denegada.

(TRF1. HC 0044483-91.2016.4.01.0000. Relator Convocado Juiz Federal Marcelo Rebello Pinheiro. Quarta Turma. Dje 2.12.2016) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

25. Garimpo em Terras Indígenas (Penal)

“VOCÊS, BRANCOS, DIZEM QUE NÓS, YANOMAMI, NÃO QUEREMOS O DESENVOLVIMENTO. FALAM ISSO PORQUE NÃO QUEREMOS A MINERAÇÃO EM NOSSAS TERRAS, MAS VOCÊS NÃO ESTÃO ENTENDENDO O QUE ESTAMOS DIZENDO. NÓS NÃO SOMOS CONTRA O DESENVOLVIMENTO. NÓS SOMOS CONTRA APENAS O DESENVOLVIMENTO QUE VOCÊS, BRANCOS, QUEREM EMPURRAR PARA CIMA DE NÓS. VOCÊS FALAM EM DEVASTAR NOSSA TERRA-FLORESTA PARA NOS DAR DINHEIRO. FALAM QUE SOMOS CARENTES. MAS ESSE NÃO É O DESENVOLVIMENTO QUE CONHECEMOS. PARA NÓS DESENVOLVIMENTO É TER NOSSA TERRA COM SAÚDE, PERMITINDO QUE NOSSOS FILHOS VIVAM SAUDÁVEIS NUM LUGAR CHEIO DE VIDA.”

DAVI KOPENAWA

(POVO YANOMAMI/RR)

25.1. Jurisprudência Nacional

25.1.1. Resumo do Caso

A Terra Indígena Yanomami/RR foi palco de diversas invasões de garimpeiros. Uma dessas invasões ficou conhecida como o Massacre de Haximu, ocorrida em 1993, quando garimpeiros invadiram o local próximo ao rio Demini, e mataram dezenas de crianças, mulheres e idosos.

Mesmo com esse histórico, recentemente, houve novas incursões de garimpeiros na mesma área, flagrados com o uso de mercúrio. Eles foram processados nos tipos penais previstos no art. 55 da Lei nº 9.605/98 e no art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Os acusados foram condenados tanto em primeira quanto em segunda instância, quando se ressaltou que “a lesividade da atividade de mineração ilegal em terras indígenas transcende o conteúdo econômico imediato dos recursos naturais explorados” e que os delitos em espécie são de perigo abstrato, ou seja, para a sua configuração não é necessário que haja a efetiva lesão (dano) de bem jurídico tutelado.

Também ficou assentada a existência de concurso formal de crimes e a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

25.1.2. Extratos do Acórdão

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. GARIMPO ILEGAL DE OURO. TERRA INDÍGENA. CRIME AMBIENTAL. CRIME DE USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUMÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. PRECEDENTES. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA E PROPORCIONAL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Em caso de crime de autoria coletiva, a descrição individualizada das condutas na denúncia é mitigada, desde que haja a indicação de elementos suficientes para a persecução criminal e o adequado exercício do direito de defesa, o que ocorreu no caso.

A superveniência da sentença condenatória torna preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Precedentes.

- 2. Os tipos penais do art. 2º da Lei 8.176/91 e do art. 55 da Lei nº 9.605/98 caracterizam crimes formais, de perigo abstrato, que se consumam independentemente da ocorrência de resultado naturalístico, já que os bens protegidos são, respectivamente, o patrimônio da União e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.*
- 3. A jurisprudência se consolidou no sentido de que o art. 2º da Lei nº 8.176/91 e o art. 55 da Lei nº 9.605/98 tutelam bens jurídicos distintos, configurando concurso formal de crimes. Precedentes do STF e do STJ.*
- 4. Materialidade e autoria comprovadas. Crime cometido no interior da TI Yanomami, com utilização de mercúrio. A tipicidade material no caso não pode ser analisada apenas sob um viés patrimonialista, a partir da quantidade de minério apreendido ou do prejuízo causado ao ecossistema local, em face do regime de proteção diferenciado das terras indígenas, nos termos do art. 231 da CF, da Convenção nº 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. A levidade da atividade de mineração ilegal em terras indí-*

genas transcende o conteúdo econômico imediato dos recursos naturais explorados sem autorização. Inaplicabilidade do princípio da insignificância.

5. *Dosimetria da pena motivada e adequada, sendo as penas fixadas razoáveis e suficientes para a repressão do ilícito. A mera alegação genérica de hipossuficiência econômica não é suficiente para reduzir a prestação pecuniária devida em razão do crime cometido.*

6. *O recolhimento das custas processuais é efeito da condenação, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. Possibilidade de suspensão da exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 98, § 3º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a ser requerida ao Juízo da execução mediante comprovação da hipossuficiência alegada.*

7. *Apelação desprovida para manter a condenação.*

(TRF1. AP 0002146-05.2013.4.01.4200. Desembargador Ney Bello. Dje 5.10.2017.) (grifos nossos)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

25.1.3. Acórdãos Correlatos

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 2º DA LEI 8.176/1991 E ART. 55 DA LEI 9.605/98. USURPAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COM- PROVADAS. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. *Apelação interposta pelos réus em face de sentença que julgou procedente a pretensão punitiva exposta na exordial acusatória para condená-los nas penas do art. 55 da Lei 9.605/98 e art. 2º da Lei 8.176/91, em concurso formal (art. 70 do CP).*

(...)

3. *A denúncia descreveu corretamente as condutas praticadas pelos réus, sendo preenchidos os requisitos formais, ainda que minimamente, para o processamento da ação. Além disso, a jurisprudência de nossos tribunais assentou que, com a prolação da sentença condenatória, fica superada a alegação de inépcia da denúncia.*

4. *A conduta de explorar recursos minerais sem autorização ou licença dos órgãos competentes pode configurar tanto o crime previsto no art. 55 da Lei 9.605/1998, quan-*

to o crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/91, pela usurpação do bem público pertencente à União, não configurando conflito aparente de normas. Isso porque os dispositivos tutelam bens jurídicos distintos, a saber, o meio ambiente e o patrimônio da União, respectivamente. Portanto, trata-se de concurso formal de crimes.

5. A materialidade e a autoria dos delitos ficaram comprovadas no Auto de Apresentação e Apreensão, do qual se infere materiais típicos (cuias, equipamento de mergulho e balança de precisão) da prática do garimpo ilegal, bem como do depoimento em juízo das testemunhas e do depoimento de denunciado Avellar Artur que confessou o delito.

6. Os delitos em espécie são de perigo abstrato, é dizer, para sua configuração não é necessário que haja efetiva lesão de bem jurídico tutelado (ACR 0002146-05.2013.4.01.4200 / RR, Rel. Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, e-DJF1 de 09/10/2017).

7. Consoante a jurisprudência desta Corte não é possível a incidência do princípio da insignificância, pois o crime do art. 2º, caput, da Lei 8.176/1991 tutela a ordem econômica, mais especificamente o patrimônio público, que tem natureza de bem indisponível (ACR 0005378-

61.2013.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Terceira Turma, e-DJF1 de 26/01/2018).

8. O instituto do erro da proibição só estará caracterizado quando comprovado de forma verossímil o desconhecimento de preceito legal. No caso, o recorrente Avellar Artur trabalha há 30 anos como garimpeiro, portanto, é de pouca plausibilidade a tese de que durante todos esses anos não tenha tomado ciência da necessidade de autorização para exploração.

9. Não se pode falar em consunção da norma prevista no art. 2º da lei 8.176/91 pela contida no art. 55 da Lei nº 9.605/98. Isso porque, segundo jurisprudência desta Corte, os dispositivos tutelam bem jurídicos distintos, a saber, patrimônio da União Federal e o meio ambiente, respectivamente.

(...)

18. Apelação a que se dá parcial provimento tão somente para aplicar a regra do concurso formal na dosimetria das penas, ficando os réus condenados à pena definitiva de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) de salário-mínimo vigente à época do fato criminoso.

(TRF1. AP 0000954-66.2015.401.4200. Quarta Turma. Desembargador Néviton Guedes. 0000954-66.2015.401.4200. DJe 9.10.2018) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE SUBTRAÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL DEFERIDO PELO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE DE SEU CONTROLE EXCEPCIONAL POR ESTA CORTE SUPERIOR, INCLUSIVE PARA PRESERVAR O PODER CAUTELAR RECURSAL QUE LHE É INERENTE. MINERAÇÃO EM TERRA INDÍGENA. REQUERIMENTO DE PESQUISA E LAVRA NA ÁREA DA TRIBO CINTA LARGA E SEU ENTORNO. PARECER DO PARQUET FEDERAL PELA PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CAUTELAR. MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. A Medida Cautelar é a via processual apta a permitir a insurgência contra decisão do Tribunal de origem que confere efeito suspensivo a Recurso Especial; na verdade, o poder de cautela, eventualmente cabível contra decisão colegiada de Tribunal de Justiça ou de TRF, pertence ao Tribunal Superior; com efeito, com o julgamento do recurso no TJ ou no TRF, consi-

dera-se cumprida e exaurida a sua jurisdição, de modo que a cognição de qualquer pleito inclusive o de tutela cautelar suspensiva da sua eficácia, cabe de imediato ao Tribunal Superior, não podendo ser submetida, portanto, ao órgão colegiado local, ainda que o Apelo Raro esteja pendente de admissibilidade.

2. *No caso em apreço, a plausibilidade do direito não se faz presente, porquanto a análise do Recurso Especial do DNPM exigiria necessariamente o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que é defeso nesta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ.*

3. *O periculum in mora, da mesma forma, não ficou configurado; vislumbra-se, na verdade, dano inverso, ou seja, a lavra de recursos minerais, cuja licitude, inclusive, ainda é objeto de discussão nos autos, acarreta inegável dano ambiental, sendo improvável a reparação na hipótese de permanência da exploração das jazidas.*

4. *Os requisitos que embasaram a concessão da liminar pelo Tribunal de origem não subsistem, devendo ser retirado o efeito suspensivo que foi inadequadamente acrescentado ao Recurso Especial do DNPM, ora requerido.*

5. *Medida Cautelar julgada procedente.*

(STJ. MC nº 22821/RO. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. DJe 26.2.2015) (grifos nossos)

PENAL. PROCESSUAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. OURO SUPOSTAMENTE ADQUIRIDO DE FORMA ILÍCITA. INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *A restituição de coisas apreendidas no curso do inquérito ou da persecução penal condiciona-se à demonstração cabal da propriedade dos bens pelo requerente (art. 120, caput, do Código de Processo Penal), ao desinteresse inquisitorial ou processual na manutenção da apreensão (art. 118 do Código de Processo Penal) e a não-classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal, requisitos que devem ser analisados cumulativamente.*
2. *Nos termos do art. 118 do Código de Processo Penal, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.*
3. *O ouro apreendido em poder do requerente ainda interessa ao processo, pois está diretamente relacionado à ação penal que apura a prática de crimes de exploração e*

comercialização do minério extraído de terras indígenas, constituindo objeto material do delito, e não foi examinado/periciado.

4. Apelação não provida.

(TRF1. *Ap 008160.25-2014.4.01.3600. Desembargador Ney Bello. Terceira Turma. DJe 12.8.2016*) (*grifos nossos*)

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. QUEBRA DE CONDIÇÕES DA LIBERDADE PROVISÓRIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

I – Paciente denunciado pela prática dos seguintes crimes, em concurso material (CP, Art. 69): (1) ter consigo 327,61 gramas de ouro explorado ilegalmente (Lei 8.176, Art. 2º, § 1º); (2) auxílio material prestado a garimpeiros por 140 vezes, em continuidade delitiva (Lei 8.176, Art. 2º, caput; Lei 9.605, Art. 55; CP, Art. 71); (3) receptação de ouro proveniente de reserva indígena por 139 vezes, em continuidade delitiva (CP, Art. 180, § 6º; CP, Art. 71); (4) posse ilegal de arma de fogo e munição de uso permitido (Lei 10.826, de 2003, Art. 12); (5) guarda de produto nocivo à saúde humana e ao meio ambiente em desacordo com as especificações legais e regulamentares (Lei 9.605,

Art. 56); (6) contrabando, por manter em depósito gasolina importada ilegalmente da Venezuela (CP, Art. 334-A, § 1º, IV); e (7) associação criminosa. CP, Art. 288.

II – Prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública. Paciente que, no gozo de liberdade provisória, teria voltado a praticar a conduta delituosa consistente em prestar auxílio material a garimpeiros que exploraram ouro em reserva indígena. Fundamento idôneo. “A reiteração na prática delituosa constitui gravame à ordem pública, justificador da prisão preventiva.” (STF, HC 84663/SP; HC 82684/SP; STJ, HC 44.310/SP; TRF 1ª Região, HC 2007.01.00.010493-5/BA; HC 2007.01.00.007072-6/MG.)

III – Alegação de que o paciente não teria sido o responsável pela cobrança de pedágio em sua fazenda a fim de permitir o acesso de garimpeiros à terra indígena. Alegação controvertida, porquanto o Juízo transcreveu excerto do depoimento de uma testemunha que afirmou haver efetuado o pagamento de R\$ 100,00 ao paciente para atravessar a fazenda dele, paciente, em direção à terra indígena. “Não cabe o habeas corpus para solver controvérsia de fato dependente da ponderação de provas desencontradas”. (STF, HC 84517.) Fundamento relativo à reiteração criminosa não afastado.

IV – Por outro lado, “[a] primariedade, os bons antecedentes e a existência de emprego não impedem seja decretada a prisão preventiva, porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos.” (STF, RHC 64.997/PB; RTJ 99/586 e 121/601; STJ, JSTJ 2/267, 2/300, 2/315, 2/318, 8/168, 24/213; RSTJ 73/84; TRF 1^a Região, HC 2004.01.00.061006-0/PA; HC 2003.01.00.006361-0/GO; HC 0002637-94.2016.4.01.0000/PA; HC 0041535-16.2015.4.01.0000/MG.)

V – *Habeas corpus denegado.*

(TRF1. HC 0039526-13.2017.4.01.0000. Relator convocado Juiz Federal Iran Esmeraldo Leite. Quarta Turma. DJe 5.10.2017) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE EXTRAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS MINERAIS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. CUSTÓDIA CAUTELAR JUSTIFICADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORI-

ZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

- 1. O paciente, juntamente com várias outras pessoas, foi preso em flagrante em operação que visava coibir o garimpo ilegal na Terra Indígena Sararé, no município de Pontes e Lacerda/MT, tendo sido apreendidos certa quantidade de ouro em pó, mercúrio e 02 (duas) armas de fogo (uma calibre 38 e uma pistola calibre 22) e várias munições.*
- 2. Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, com a necessidade de prevenir novas práticas delitivas, evitando-se a reiteração criminosa.*
- 3. O excesso de prazo para conclusão da instrução criminal não decorre exclusivamente da extração do resultado da soma dos prazos processuais, mas da complexidade do processo como um todo, da pluralidade de acusados, fatos que justificam eventual dilação do prazo para conclusão da instrução criminal.*
- 4. Ordem denegada.*

(TRF1. HC 0033189-42.2016.4.01.0000/MT. Relator convocado Juiz Federal Klaus Kuschel. Terceira Turma. DJe 9.11.2016) (grifos nossos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E GARIMPO EM TERRAS INDÍGENAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXCEPCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE SOBRE A NECESSIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA DE LIBERDADE. ART. 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. *A decisão impugnada está suficientemente fundamentada, conforme preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que foi decretada com fundamento na garantia da ordem pública para inibir possibilidade concreta de reiteração delitiva.*
2. *A prisão preventiva é medida processual que se submete à cláusula rebus sic stantibus, ou seja, terá a sua permanência condicionada às circunstâncias ou condições em que tenha sido deferida, podendo ser cassada quando não mais presentes os motivos para que subsista, ou restabelecida quando sobrevierem os motivos que a justifique (art. 316 do CPP).*
3. *Inexistindo quaisquer elementos, de fato ou de direito, que possam resultar na modificação das razões jurídicas que justifi-*

caram o decreto prisional cautelar, a denegação da ordem é medida que se impõe.

4. Ordem denegada.

(TRF1. HC 0036602-63.2016.4.01.0000. Relator Convocado Juiz Federal GUILHERME FABIANO JULIEN DE REZENDE. Terceira Turma. DJe 29.7.2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL E DE USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO (ARTIGO 55 DA LEI 9.605/1998 E ARTIGO 2º, CAPUT, DA LEI 8.176/1991). PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA A CORRÉU. EXTENSÃO. CONDIÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA A SER FUTURAMENTE IMPOSTO. DESCABIMENTO. ORDEM DENEGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PREJUDICADO.

1. Pelo que consta dos autos, na data de 24/6/2017, policiais federais, em atividade de fiscalização/investigação de rotina, ingressaram na Terra Indígena Aripuanã (Roosevelt) e lá

encontraram garimpeiros, entre eles o paciente, em atividade ilegal de extração de minérios (diamante), havendo nos autos indícios suficientes de autoria e materialidade quanto à prática de crime ambiental (artigo 55 da Lei 9605/1998) e de usurpação do patrimônio da União (artigo 2º, caput, da Lei 8.176/1991), delitos cujas penas previstas em abstrato, são, respectivamente, detenção de 6 meses a 1 ano e multa e detenção de 1 a 5 anos e multa.

2. A decisão proferida pelo juízo de origem, datada de 25/6/2016, converteu em preventiva a prisão em flagrante dos denunciados Mauro Pereira dos Santos, ora imetrante/paciente, e Carlos Roberto Barbosa, para garantia da ordem pública e da instrução criminal, tendo levado em consideração a gravidade do delito, o local em que praticado o suposto crime (reserva indígena) e ausência de informações quanto ao endereço de ambos os investigados.

3. Especificamente quanto ao ora requerente, considerou o magistrado que, além dos fatos já relatados, pesaria em seu desfavor, à data em que ocorrida a prisão em flagrante (24/6/2017), a existência de mandado de prisão expedido pelo Juízo de Direito 1ª Vara Criminal da Comarca de Cacoal sob o seguinte fundamento: o réu evadiu-se do distrito de culpa, não deixando o

endereço onde pudesse ser encontrado para ulteriores termos do processo, para, então, se furtar à persecução penal (...)

4. Não se apresenta como juridicamente possível a extensão ao paciente do presente writ os benefícios concedidos ao outro corréu no HC n. 42396-65.2016.4.01.0000/RO, tendo em vista que se constata diferença substancial entre as circunstâncias pessoais do HC paradigma e as do ora paciente, especialmente no que toca à existência, com relação a este último, da ação penal 15379-06.2002.8.22.0007 (em trâmite perante a Justiça Estadual), na qual foi inclusive expedido mandado de prisão, noticiada pelo magistrado a quo na decisão que converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente.

5. Em que pese haver nos autos notícia de que foi revogada a prisão preventiva ali decretada (no Juízo Estadual), o Juízo a quo (Federal), na decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, informa que, na referida ação penal, o paciente é acusado de duplo homicídio, com ligações com a atividade garimpeira.

6. Na apreciação do pedido liminar se considerou que o paciente não havia trazido aos autos, até aquele momento, nenhuma informação quanto à referida ação penal na esfera estadual que pudesse afastar o fundamento adotado pelo magistrado a quo

para manter a sua prisão preventiva. A única informação que permanecia naquele momento era a de que na esfera estadual estava em curso persecução penal pela prática de duplo homicídio, no mesmo sentido dos fatos aqui investigados, revelando vinculação com a atividade garimpeira.

7. *O fato de o juízo estadual haver vislumbrado a possibilidade de que o delito tenha sido praticado em legítima defesa (o que foi possível verificar quando, após o indeferimento do pleito liminar, o paciente, em pedido de reconsideração, juntou cópia da decisão do juízo estadual) não elide o fato, tomado em consideração na apreciação do pedido liminar, de que o paciente é acusado de duplo homicídio, com ligações com a atividade garimpeira, tanto é assim que o próprio Juiz de Direito consignou que, para a absolvição sumária, não há certeza quanto à legítima defesa alegada, não sendo, por isso mesmo, caso de reconhecimento da tese pelo juiz, não, pelo menos, antes da submissão de ambas as teses ao contraditório.*

8. *Remanesce ainda em desfavor do paciente o fato de que, tendo ele contra si ação penal em trâmite perante o Juízo estadual, evadiu-se daquele distrito, tendo, no período em que permaneceu foragido, reincidido na prática delitiva, ao praticar, em tese, o crime pelo qual é processado na ação originária do presente*

habeas corpus. Tal circunstância constitui indício de que ele (o paciente) oferece risco à instrução criminal.

9. As informações trazidas a respeito do paciente afastam a alegação de que sua situação jurídica guarda similitude com a do outro denunciado, posto em liberdade. Pelo contrário, em relação ao paciente, subsistem informações que sugerem a necessidade de manutenção de seu encarceramento, pois, considerada a existência de outra ação penal pela prática de crimes tão graves como o homicídio, a sua liberdade poderá implicar indevido estímulo para novas práticas delituosas, além do que pesa contra ele o fato de haver se evadido do distrito da culpa no Juízo estadual.

10. Descabida a pretensão de adequação da prisão preventiva ao regime de cumprimento de pena aberto ou semiaberto que possa ser imposto ao paciente quando vier a ser proferida sentença condenatória. A prisão preventiva, sobretudo antes da sentença condenatória, não tem relação com regime de cumprimento de pena a ser futuramente imposto. O título jurídico que justifica a prisão preventiva, no termos do artigo 312 do CPP, é a necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. O título jurídico que justifica o regime

de cumprimento de pena (aberto, semiaberto ou fechado), diversamente, é a condenação que, no caso, ainda não foi imposta.

11. Ordem de habeas corpus denegada, confirmando o que decidido em sede liminar. Pedido de reconsideração prejudicado.

(TRF1. HC 0027620-26.2017.4.01.0000. Desembargador Néviton Guedes. Quarta Turma. Dje 22.11.2017) (grifos nossos)

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

26. Genocídio (Penal)

“QUANDO VOCÊS FALAM QUE FORAM MORTES APROXIMADAMENTE SEIS MILHÕES DE PESSOAS NOS CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO, DAS QUAIS GRANDE PARTE SE SABE O NOME E DIA DA MORTE, NÓS INDÍGENAS LEMBRAMOS OS QUASE SEIS MILHÕES DE IRMÃOS NOSSOS EXTERMINADOS SEM QUE SE TENHA, NA MAIORIA DOS CASOS, QUALQUER INFORMAÇÃO SOBRE ESSES MASSACRES. FOI UM EXTERMÍNIO SILENCIOSO E CONTÍNUO, QUE CONTINUA ATÉ HOJE”

NAILTON PATAXÓ

(POVO PATAXÓ/BA)

26.1. Jurisprudência Nacional

26.1.1. Resumo do Caso

O povo Yanomami sempre despertou imensa curiosidade aos não indígenas. A localização geográfica de seu território, na divisa do Brasil (estados do Amazonas e Roraima) com a Venezuela, permitiu seu isolamento até a década de 1960. A partir daí, inicia-se o contato através de missões evangélicas norte-americanas.

No final dos anos 1980, seu território foi invadido por 40 mil garimpeiros. Em meados de 1993, a invasão proporcionou carnificina em uma das aldeias. Homens, mulheres e crianças foram assassinados por garimpeiros fortemente armados – fato histórico conhecido como *Massacre de Haximu*.

Em 1997, o Ministério Públíco Federal (MPF) ofereceu denúncia pela prática, em concurso material, dos crimes de genocídio, associação para genocídio, lavra garimpeira, dano qualificado, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e contrabando.

De acordo com o inquérito policial, o crime de genocídio aconteceu em duas etapas: na primeira, quatro índios foram mortos a tiros, num local dentro da floresta e distante da aldeia; na segunda, algumas semanas depois, doze indígenas foram mortos a tiros e

mutilados com facão (sendo um homem adulto, duas idosas, uma mulher, três adolescentes, quatro crianças e um bebê).

No ano de 1996, cinco réus foram condenados pela Justiça Federal (RR) a penas entre 19 e 20 anos de prisão. Em 1998, no entanto, o Tribunal Regional Federal da 1^a Região (TRF-1) anulou o julgamento. Em sua decisão, alegou tratar-se também de crime doloso contra a vida, e que cabia, portanto, ao Tribunal do Júri. O MPF recorreu da decisão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A última decisão sobre o *Massacre de Haximu* foi proferida em 2006. O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, que se tratou de genocídio, e manteve a condenação proferida pela Justiça Federal.

26.1.2. Extratos do Acórdão

1. CRIME. *Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de loco-*

moção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.

2. CONCURSO DE CRIMES. *Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometaram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa.*

3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução.”

(STF. RE 351.487/RR. Ministro Relator Cezar Peluso. Plenário. DJe 20.9.2005)

[Clique aqui para acessar a íntegra do acórdão](#)

26.1.3. Acórdãos e Votos Correlatos

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIMINAL – CRIME DE GENOCÍDIO CO-

NEXO COM OUTROS DELITOS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – ALÍNEA “A” DO ART. 1º DA LEI N. 2.899/56 C/C ART. 74, PARAG. 1º DO CPP E ART. 5º, XXXVIII, DA CF – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – CONHECIMENTO – SENTENÇA MONOCRÁTICA RESTABELECIDA.

- 1. Inicialmente, reconhecida extinta a punibilidade de FRANCISCO ALVES RODRIGUES, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada às fls. 1.807 dos autos (art. 107, I, CP), conforme certidão de óbito juntada às fls. 1.807 dos autos (art. 107, I, CP).*
- 2. Aos réus recorridos é imputada a perpetração dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea “a” do art. 1º da lei n. 2.889/56, cometidos contra os índios YANOMAMI, no chamado “MASSACRE DE HAXIMU”, que resultou na morte de 12 índios, sendo 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças (entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, duas crianças.*

3. Esta Corte, através de seu Órgão Especial, posicionou-se no sentido de que a violação à determinada norma legal ou dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp ns. 181.682/PE, 144.844/SP). Sendo a hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso, no tocante à suposta infringência aos arts. 74, parág 1º, do Código de Processo Penal e 1º, “a”, da Lei n. 2.889/56.

4. Como bem asseverado pela r. sentença e pelo v. decisum colegiado, cuida-se, primeiramente, de competência federal, porquanto deflui do fato de terem sido praticados delitos penais em detrimento de bens tutelados pela União Federal, envolvendo, no caso concreto, direitos indígenas, entre eles, o direito maior à própria vida (art. 139, incisos IV e XI, da Constituição Federal). Precedente do STF (RE n. 179.485/2-AM). Logo, a esta Corte de Uniformização sobeja, apenas e tão somente, a análise do crime de genocídio e a competência para seu julgamento, em face ao art. 74, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, tido como violado.

5. Pratica genocídio quem, intencionalmente, pretende destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo, para tanto, atos como o

assassinato de membros do grupo, dano grave à sua integridade física ou mental, submissão intencional destes ou, ainda, tome medidas a impedir os nascimentos no seio do grupo, bem como promova a transferência forçada de menores do grupo para outro grupo. Inteligência dos arts. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto n. 30.822/52 c/c 1º, alínea "a", da Lei n. 2.889/56.

6. Neste diapasão, no caso *sub judice*, o bem jurídico tutelado não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte desta, ou seja, da comunidade de povos, mais precisamente, da etnia dos silvícolas integrantes da tribo Hashimu dos Yanomami, localizada em terras férteis para a lavra garimpeira.

7. O crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida. Assim, a ideia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio ordenamento processual penal, porquanto não há em seu bojo previsão para esse delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos, não se podendo neles incluir, desta forma, qualquer crime que haja morte da vítima, ainda que causa-

da dolosamente. Aplicação dos arts. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, c/c 74, parag. 1º, do Código de Processo Penal.

8. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. arresto a quo, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, preju-dicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibili-dade em relação ao réu FRANCICO ALVES RODRIGUES, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão do seu.

(STJ. RESP 222.653. Ministro Relator Félix Fischer. 5ª Tur-ma. DJe 12.09.2000) (grifos nossos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE GENOCÍ-DIO. COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PROVA DA AUTORIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. APELAÇÃO: EFEI-TO EXTENSIVO.

1. O crime de genocídio, tipificado na Lei n. 2.889, de 1º/10/1956, não tem como bem jurídico tutelado a vida,

considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF – art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, devendo ser julgado pelo juiz singular. Precedente do STJ (Recurso Especial n. 222.653 – RR – DJ 30/10/00).

2. “*O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo*” (Assembleia Geral da ONU – 1946).

3. *Tendo a sentença, concreta e objetivamente, demonstrado, pela análise da prova dos autos, a participação dos agentes no crime – morte e desaparecimento de indígenas e lesões corporais em membros da etnia –, é de confirmar-se a condenação, exceto quanto à pena privativa de liberdade aplicada, que, em se tratando de acusados primários e sem antecedentes, foi posta, sem a devida justificativa, em patamares muito superiores ao mínimo legal de 12 (doze) anos.*

4. *Não abonando a prova, por ilação lógica e objetiva, a afirmativa do julgado, de que um dos agentes contribuirá com o crime através do oferecimento do apoio logístico, propiciando aos acu-*

sados transporte (em barcos), combustível, armas e munições, é de dar-se pela absolvição (art. 386, VI – CPP). No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (art. 580 – CPP)

5. Provimento da apelação de um dos acusados, para fins de absolvição, e parcial provimento do recurso dos demais, para fins de redução de pena. Extensão do resultado aos acusados que não recorreram.

(TRF1. AC 2001.01.00.046953-4/AM. Relator Juiz Olindo Menezes. 3^a Turma. DJe 27.10/.2004) (grifos nossos)

PENAL. PROCESSO PENAL. GENOCÍDIO E ASSOCIAÇÃO PARA O GENOCÍDIO. ARTS. 1º E 2º DA LEI 2.889/56. POVOS INDÍGENAS YANOMAMIS. ALDEIA HAXIMU. LOCALIZAÇÃO. APPLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL SINGULAR. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CRIME DE DANO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. LAVRA GARIMPEIRA E CONTRABANDO. QUADRILHA OU BANDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA.

1. A competência para processar e julgar acusados da prática do crime de genocídio contra etnia indígena, quando não houver denúncia também pela prática do crime de homicídio, é do juízo federal singular, e não do Tribunal do Júri Federal, porquanto o objeto jurídico tutelado nesse delito não é a vida em si mesma, mas, sim, a sobrevivência, no todo ou em parte, de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

2. Independentemente de os fatos terem ocorrido em território brasileiro ou venezuelano, não está afastada a jurisdição da Justiça brasileira para julgar o crime de genocídio, consoante preceitua a letra d do inc. I do art. 7º do Código Penal, uma vez que os acusados são brasileiros e domiciliados no Brasil. Trata-se de caso especial de extraterritorialidade incondicionada pelo princípio da justiça universal. Há aplicação da lei brasileira ainda que o agente seja absolvido ou condenado no estrangeiro, segundo dispõe o § 1º do art. 72 do Código Penal.

3. Não sendo possível a realização do exame cadavérico, tendo em vista que os índios, não se afastando dos seus costumes, queimaram os corpos de seus entes, pilaram-nos, transformando-os em cinza, guardando-os em cabaças, a comprovação da morte se dá pelos depoimentos das testemunhas que viram os corpos estrelachados à bala e a facão, o que supre o exame de

corpo de delito, consoante disposto no art. 167 do Código de Processo Penal.

4. Prova testemunhal uniforme, precisa, categórica, constante dos autos, não deixa dúvidas da ocorrência dos fatos, bem como de que os acusados Pedro Erniliiano Garcia, vulgo Pedro Prancheta; Eliézio Monteiro Nero, vulgo Eliezer; Juvenal Silva, vulgo Curupuru; Francisco Alves Rodrigues, vulgo Chico Ceará; e João Pereira de Moraes, vulgo João Neto; foram os autores do crime de genocídio tipificado no art. 1º, letras a, b e c da Lei 2.889/56.

5. Inexistindo prova suficiente da participação dos acusados Wilson Alves dos Santos, vulgo Neguinho, e Waldinéia Silva Almeida, conhecida por Ouricada, deve ser mantida a sentença que os absolveu da prática de tais delitos.

6. Diante de exame pericial, nas duas malocas e três acampamentos (tapiris) utilizados pelos índios, na região de Haximu, o qual constatou que as cabanas e os tapiris foram destruídos pelo fogo e por bala e que foram encontrados panelas com perfurações de projéteis de arma de fogo, cartuchos de arma de fogo deflagrados, cabelo humano, fragmentos de projéteis encaixados em árvores e no cercado da maloca, caracterizado está

o crime de dano, previsto no art. 163, incisos I, II, e IV, do Código Penal.

7. A prova testemunhal confirma que os acusados praticaram o genocídio e ocultaram os cadáveres dos índios mortos na chacina, enterrando-os para que não fossem descobertos, o que caracteriza o crime de ocultação de cadáver.

8. Inexistindo prova dos crimes de associação para o genocídio, de lavra garimpeira, de contrabando e de formação de quadrilha ou bando, deve ser mantida a sentença na parte em que absolveu os acusados da prática de tais delitos.

9. Fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena de reclusão. A vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional. Fere o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Essa vedação é tão hedionda como o próprio crime. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 82.959-SP.

10. Não sendo conhecido o recurso de alguns dos acusados, estende-se a estes os efeitos benéficos da apelação conhecida, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal.

(TRF1. AP Crim 1997.01.00.017140-0/RR. Juiz Tourinho Neto. 3^a Turma. DJe 1.9.2009) (grifos nossos)

No norte dessa região, ao sul do estado da Bahia, existe uma reserva indígena cuja área foi concedida pelo estado da Bahia na década de 20 do século passado e que foi demarcada pelo Exército Brasileiro em 1937.

Esta área, chamada Reserva Indígena Catarina-Caramuru-Paraguaçu, teve o sentido de abrigar o resto das populações indígenas que tinham sido expulsas do interior do estado da Bahia com a chegada da lavoura do cacau no final do século XIX.

A comunidade indígena, ou melhor, a etnia Pataxó era um grupo de indígenas que, quando o colonizador português chegou ao sul da Bahia, em 1500, já habitava o interior do país, ou melhor, já habitava algumas partes do Espírito Santo e as terras interiores do sul do estado da Bahia.

Por isso, os Pataxós sobreviveram ao contato com os grupos de colonizadores e, depois, os neobrasileiros, desde 1500 até a chegada da lavoura do cacau, vindos da região amazônica em meados do século XIX.

Os agricultores brasileiros promoveram uma matança dos índios que encontraram no interior do sul do estado da Bahia de diversas formas: desde a morte à bala até o envenenamento de suas águas com roupas contaminadas de varíola.

Para fugir ao genocídio, grupos indígenas do interior do estado, mais especificamente os Pataxós, fugiram para o litoral, não era terra propícia à lavoura de cacau. E assim sobreviveram mais algumas décadas, até que ali chegou o chamado agronegócio. O processo de ocupação no sul do estado do litoral se deu basicamente para fazendas de criação de gado. O governo do estado da Bahia vendeu ilegalmente para terceiros as terras demarcadas para os índios a partir da década de 60 e 70. Esse é o estado jurídico da reserva indígena Catarina-Caramuru-Paraguaçu."

(ED na AC 0001544-09.2006.4.01.3311. Desembargadora Selene Maria de Almeida. Voto Vogal. DJe 21.10.2011) (grifos nossos)

A competência exclusiva do Congresso Nacional para a oitiva das comunidades indígenas

A luta pelas terras indígenas e de suas riquezas naturais é o cerne da questão indígena sobre a qual há quinhentos anos se debruçam os juristas.

A história da ocupação das áreas indígenas que se desenrolou nos séculos XVI e XVII se repete nas frentes de desenvolvimento da sociedade nacional quando avança sobre os últimos redutos silvícolas.

O que mudou foi o método de atração; as motivações de exploração capitalista e as consequências para as populações tribais continuam as mesmas. Ainda hoje, a sociedade nacional só tem a oferecer ao índio, em condição de isolamento, doença, fome e desengano. A atração, por isso, não interessa ao indígena, mas à sociedade nacional, que, sem explorar convenientemente o território já conquistado, procura novas áreas de expansão, para atividades mineradoras, extrativistas, madeireiras e agropecuárias.

As terras indígenas – solo e subsolo – são disputadas por agropecuaristas, cacaueiros, garimpeiros, mineradoras, pequenos e grandes agricultores.

A abundante legislação protecionista desde o Brasil Colônia aliada à legislação imperial e depois a republicana não impediram o genocídio.

Inúmeros povos indígenas desaparecem das Américas em razão do morticínio resultante do encontro dos europeus com os aborigens do Novo Mundo. Não existiu uma política deliberada de extermínio dos povos indígenas pelos povos ibéricos, mas o chamado capitalismo mercantil logrou o resultado de reduzir milhões em 1500 a alguns milhares.

(...)

O caso dos autos é um capítulo desse conflito de interesses da sociedade nacional e das comunidades indígenas que desejam apenas sobreviver e não é mais possível se invocar os princípios da “guerra justa” para a defesa unilateral de algumas pretensões apenas. Hoje os princípios de antanho vêm camuflados com outros argumentos a justificar o pretenso direito de uns progredirem, desenvolverem-se e se enriquecerem às custas do perecimento do outro.

Tem-se conhecimento que empreendimentos para a exploração de recursos hídricos, independentemente do tamanho, provocam mutações nas pressões pela ocupação das terras indígenas

e alterações do quadro social da microrregião onde se localizará a construção. Tal se passou com os Parakamã, no Pará (UHE Tucuruí), os Cinta Larga, em Mato Grosso (UHE Juína), com os Waimiri Atroari, no Amazonas (UHE Balbina), com os Ava-Candino (UHE Serra da Mesa), os Macuxi (UHE Contigo) em Roraima.

Há que se buscar uma solução que harmonize o desenvolvimento sócio-econômico com a preservação das comunidades indígenas e a proteção ao meio ambiente, dentro do princípio constitucional do desenvolvimento sustentado (CF, art. 225).

(TRF1. AC 2006.39.000711-8/PA. Voto da Desembargadora Relatora Selene Maria de Almeida (vencida). Dje 25.11.2011) (grifos nossos)

26.2. Jurisprudência Internacional

26.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

26.2.2. Resumo do Caso *Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004)

O caso versa sobre o massacre de 268 (duzentos e sessenta e oito) pessoas, ocorrido em 18 de julho de 1982, no município de Rabinal, na Guatemala, país que se encontrava, à época, sob a égide de uma ditadura militar. Dentre a maioria dos mortos, estavam os membros de uma comunidade indígena de origem Maia, pertencentes à aldeia Plan de Sánchez.

Os sobreviventes do genocídio foram impedidos por vários anos de provocar o Judiciário do país. Apenas em 1993, o denunciaram formalmente. O caso foi levado à Corte IDH, sendo a sentença favorável à comunidade.

26.2.3. Extratos da Sentença

Sobre a comunidade da aldeia Plan de Sánchez e o ato do massacre (antes e depois), verifica-se o seguinte:

49(1) *Plan de Sánchez* is one of the villages of the municipality of Rabinal. This municipality is predominantly inhabited by members of the Mayan indigenous people belonging to the Achí linguistic community.

Regarding the Plan de Sánchez Massacre

49(2) On Sunday, July 18, 1982, market day in Rabinal, the inhabitants of the neighboring villages passed through *Plan de Sánchez* towards their own communities. At approximately 8 a.m. that day, two shells from a 105-mm. Caliber mortar were fired to the east and west of the village. Between 2 p.m. and 3 p.m. a commando of approximately 60 individuals, comprising members of the Army, military and judicial agents, civilian informers and patrollers, dressed in military uniform and carrying assault weapons, entered *Plan de Sánchez*. They gathered the girls, and young women in one place, where they were physically abused, raped, and murdered. The older women, men, and boys were gathered in another place, and subsequently executed; two grenades were thrown and the house where they had been placed was set on fire. Around 268 people were executed, most of them members of the Maya-Achí people. Some of them were residents of the neighboring villages of Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tu-

nas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul and Chichupac.

Regarding events subsequent to the Plan de Sánchez Massacre

49(3) On July 19, 1982, the residents who had not been present or who had escaped returned to the village of Plan de Sánchez, found that smoke was still rising from the house that had been set on fire and that most of the bodies were unrecognizable. At about 3 p.m. or 4 p.m., the military agents from Chipuerta and Concul arrived in the village, accompanied by members of the local PAC, and ordered the survivors to bury the corpses rapidly at the site of the massacre. Some bodies were taken by their next of kin to the village of Concul to bury them in a cemetery.

49(4) Members of the commando looted and destroyed the homes, stole belongings, food, animals and personal effects (coming back several times for this purpose), and threatened the villagers who had returned. Owing to the fear resulting from these events, and the threats and harassment of the military agents, members of PAC and the Army, the survivors of the massacre gradually decided to abandon the village in the weeks and months following the massacre. The displaced survivors remained outside the community for several years. Two and a

half years after the events, the brothers Buenaventura Manuel Jerónimo, Benjamín Manuel Jerónimo, Juan Manuel Jerónimo and Salvador Jerónimo Sánchez returned to the municipal capital of Rabinal and contacted the military agent, who allowed them to remain in the region if they joined the PAC; he did not allow them to farm their land, rebuild their homes or live in the village of Plan de Sánchez. Other families of displaced survivors who returned were obliged to live in the municipal capital of Rabinal. Subsequently, they were allowed to farm their land. In 1985, the survivors were authorized to live in the village of Plan de Sánchez, but always under the supervision and threat of the Army and the military agent.

As consequências do massacre para a comunidade indígena foram assim assinaladas na sentença:

Regarding the pecuniary and non-pecuniary damages caused to the victims

49(11) Their agricultural and other employment activities were affected, and this caused them pecuniary damage.

49(12) With the death of the women and elders, oral transmitters of the Maya-Achí culture, their knowledge could not be

transmitted to the new generations and, today, this has produced a cultural vacuum. The orphans did not receive the traditional education handed down from their ancestors. In turn, the militarization and repression to which the survivors of the massacre were subjected, particularly the young men, has caused them to lose their faith in the traditions and knowledge of their forefathers.

49(13) The victims could not freely perform the ceremonies and rites of their Mayan culture, because the military authorities controlled all their activities.

49(14) The victims were unable to celebrate the leave-taking ritual for their next of kin who had been executed in the massacre in accordance with their customs. The absence of these funeral rites caused considerable anguish to the next of kin and the members of the community, and hindered the mourning process. In 1994, when the first exhumation was conducted, the victims could bury some of the remains, in accordance with their religious customs.

49(15) The military presence and continuous surveillance, repression and threats caused feelings of terror, paralysis and impotence among the survivors of the massacre. The victims were forced to live alongside the perpetrators in the PAC and in the

common areas in the town of Rabinal. In turn, they were stigmatized and accused of perpetrating the events, so they lived in a permanent state of silence. These consequences have lasted until today, at both the individual and the community level

49(16) In the village of Plan de Sánchez, the traditional community structure was substituted by a vertical, militaristic structure; the traditional Mayan authorities were replaced by military agents and the heads of the PAC. The leaders who survived the massacre could not continue performing their role in the community because they were subjugated by the Army. The community's will, based on the consensus of its members and on the Mayan norms and values of respect and service, was eliminated and replaced by authoritarian practices and the arbitrary use of power. The imposition of the military structure affected community life in Plan de Sánchez, because it brought about the fragmentation of the group and the loss of reference points within it.

49(17) The physical and mental health of the surviving victims of the massacre has been affected owing to the events.

49(18) The lack of thoroughness in the investigation and processing of the criminal proceedings (supra para. 49(6), 49(8) and 49(9)), and the obstructions to the latter make it clear that

both the Attorney General's office and the courts of law have not shown any desire to clarify the facts relating to the Plan de Sánchez massacre, which occurred on July 18, 1982, or to prosecute and punish all the perpetrators and masterminds. The acts of violence and repression to which the surviving victims of the massacre were subjected have not been investigated either; and they continue to be subjected to discriminatory practices in their attempts to have access to justice. The impunity that reigns in this case keeps the events present in the collective memory and stands in the way of rebuilding the social fabric. This whole situation has caused non-pecuniary damage to the victims in this case.

49(19) The women who were raped by the State agents on the day of the massacre, and who survived the massacre, still suffer from that attack. The rape of women was a State practice, executed in the context of massacres, designed to destroy the dignity of women at the cultural, social, family and individual levels. These women consider themselves stigmatized in their communities and have suffered from the presence of the perpetrators in the town's common areas. Also, the continuing impunity of the events²⁴⁶ has prevented the women from taking part in the legal proceedings.

E sobre as reparações tratadas na decisão, faz-se importante destacar, entre outras, as seguintes:

125. Therefore,

THE COURT,

unanimously,

DECLARATES THAT:

1. This judgment constitutes, per se, a form of reparation, in the terms of paragraph 81 hereof.

AND ORDERS:

unanimously,

1. The State shall investigate effectively the facts of the Plan de Sánchez Massacre in order to identify, prosecute and punish the perpetrators and masterminds, in the terms of paragraphs 94 to 99 of this judgment.

2. The State shall organize a public act to acknowledge its responsibility for the events that occurred in this case and to make reparation to its victims. (...)

3. During this same act, the State shall publicly honor the memory of those executed in the Plan de Sánchez massacre carried out by State agents on July 18, 1982, in the terms of paragraphs 101 and 117 of this judgment.

(...)

6. The State shall pay the amount established in paragraph 104 of this judgment to maintain and improve the infrastructure of the chapel in which the victims pay homage to those executed in the Plan de Sánchez massacre, in the terms of paragraphs 104 and 117.

7. The State shall provide, free of charge, through its specialized health institutions, the medical treatment required by the victims, including, *inter alia*, any necessary medication. The State shall also create a specialized program of psychological and psychiatric treatment, which must also be provided free of charge, in the terms of paragraphs 106 to 108 and 117 of this judgment.

8. The State shall provide adequate housing to the surviving victims who reside in the village of Plan de Sánchez and require it, in the terms of paragraphs 105 and 117 of this judgment.

9. *The State shall implement the following programs in the communities of Plan de Sánchez, Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul and Chichupac: a) study and dissemination of the Maya-Achí culture in the affected communities through the Guatemalan Academy of Mayan Languages or a similar organization; b) maintenance and improvement of the road systems between the said communities and the municipal capital of Rabinal; c) sewage system and potable water supply; d) supply of teaching personnel trained in intercultural and bilingual teaching for primary, secondary and comprehensive schooling in these communities, and e) the establishment of a health center in the village of Plan de Sánchez with adequate personnel and conditions, and also training for the personnel of the Rabinal Municipal Health Center so that they may provide medical and psychological care to those who have been affected and who require this kind of treatment, in the terms of paragraphs 109 to 111 and 117 of this judgment.*

10. *The State shall make the payments for pecuniary damage to each of the victims in this case, in the terms of paragraphs 72 to 76 and 117 of this judgment.*

11. *The State shall make the payment for non-pecuniary damage to each of the victims in this case, in the terms of paragraphs 80 to 89 and 117 of this judgment.*

(...)

13. *The State shall pay the total amount of the compensation ordered for the pecuniary damage, non-pecuniary damage, and costs and expenses established in this judgment, and none of these items may not be subject to any current or future tax or charge. (grifos nossos)*

[Clique aqui para voltar para o Sumário](#)

MPF

Ministério Públíco Federal