

OBSERVATÓRIO DE PROTOCOLOS AUTÔNOMOS
CENTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL
(CEPEDIS)

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA)

**DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS AO DIREITO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA
E INFORMADA JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

BRASÍLIA, 2023

Sumário

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO Nº 3.388 RORAIMA.....	3
SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 856 BAHIA	74
AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.662.....	82
AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 995 AMAZONAS.....	90
AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 800 MATO GROSSO	113
REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 709 DISTRITO FEDERAL.....	127
REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.750 RIO GRANDE DO SUL.....	274
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.312.132 RIO GRANDE DO SUL	297

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO Nº 3.388 RORAIMA

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**

EMBTE.(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS

EMBTE.(S) : LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : LUIZ VALDEMAR ALBRECHT

EMBTE.(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV.(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS

EMBTE.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS

ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES

EMBTE.(S) : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

EMBTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMBTE.(S) : AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS

ADV.(A/S) : CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI

EMBDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBDO.(A/S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV.(A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS

INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Data da decisão : 23/10/2013

EMENTA: 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 explicitarem 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal

Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em:

1. por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração opostos por Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior, nos termos do voto do Relator; por unanimidade, negar provimento aos embargos opostos por Lawrence Manly Harte e outros e pelo Estado de Roraima, nos termos do voto do Relator;

2. por maioria, dar parcial provimento, sem efeitos modificativos, aos embargos de declaração opostos pelo Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, pela Procuradoria-Geral da República e pelas Comunidades Indígenas, apenas para prestar os esclarecimentos expressos na Ementa, nos termos do voto do Relator. Quanto aos embargos opostos pelo Senador Mozarildo Cavalcanti, ficou vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio que lhes dava provimento em maior extensão. Quanto aos embargos da Procuradoria-Geral da República, ficaram vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que lhe davam provimento com efeitos modificativos;

3. por unanimidade, delegar ao Relator a incumbência de dirigir um ofício, em nome da Corte, ao Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, cumprimentando-o pela dedicação e pelo excelente trabalho desenvolvido na supervisão judicial sobre a execução da Portaria e do Decreto que demarcaram a Terra Indígena Raposa Serra do Sol; e

4. por unanimidade, declarar exaurida a competência originária deste Tribunal para julgar processos relacionados à referida Terra Indígena, quando do trânsito em julgado deste acórdão.

Brasília, 23 de outubro de 2013.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO**

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão do Tribunal Pleno que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação popular para, observadas algumas condições, declarar a validade da Portaria nº 534, de 13.04.2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto de 15.04.2005, que a homologou. Confira-se a ementa e o dispositivo do acórdão embargado:

“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

IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não- conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na Terra Indígena São Marcos, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares.

2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e

peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos n os 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O substantivo índios é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO.

5.1. As terras indígenas versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou independência nacional (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as terras indígenas são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS

ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA. Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo terras é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da

República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do

§ 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como

insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. 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. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

DIREITOS ORIGINÁRIOS. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram 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. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF).

O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em bolsões, ilhas, blocos ou clusters, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade

de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que

estas envolvam áreas de conservação e preservação ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota

para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em: preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado em que se encontra. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em 27.08.2008; por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os 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. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da

lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias

nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea r, a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.”

Foram opostos sete embargos de declaração:

- (i) O Senador Augusto Affonso Botelho Neto (autor) sustenta ter ocorrido omissão e contradição no acórdão quanto à situação específica da chamada Fazenda Guanabara. Pede sua exclusão da área da terra indígena sob o fundamento de que seria de ocupação privada desde o início do século XX, o que teria sido reconhecido por sentença proferida em ação discriminatória, já transitada em julgado.

- (ii) O Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (assistente do autor) afirma que o acórdão seria contraditório ao dar natureza mandamental a uma decisão declaratória proferida em sede de ação popular. Aponta também outra suposta contradição, consistente no fato de o Estado de Roraima não ter sido citado para integrar a lide como litisconsorte do autor, embora a competência desta Corte para julgar a ação popular tenha resultado da existência de conflito federativo. Suscita também onze questões sobre as quais o Tribunal, em sua avaliação, deveria se pronunciar:

- a) Pessoas miscigenadas podem permanecer na reserva?
- b) Pessoas que vivem maritalmente com índios podem permanecer na reserva?
- c) Autoridades religiosas de denominações não-índigenas podem continuar a exercer suas atividades na reserva?
- d) Os templos religiosos já construídos devem ser destruídos?
- e) As escolas públicas estaduais ou municipais podem continuar em funcionamento?
- f) Em caso positivo, podem continuar a lecionar o currículo voltado à população não-índia?
- g) A passagem de não-índios pela única rodovia federal que liga Boa Vista à cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, foi negada ou assegurada, no todo ou em parte (i.e., dependente de autorização)?
- h) Idem, quanto à rodovia BR-433, que liga Normandia a Pacaraima.
- i) A quem cabe autorizar a passagem por essas rodovias?
- j) Como ficam as ações individuais que questionam a boa-fé dos portadores dos títulos de propriedade? Foram automaticamente extintas, com violação ao contraditório e à ampla defesa, ou serão julgadas individualmente?
- k) “Como se dará a posse das fazendas desocupadas? Se um grupo ou entidade indígena, já ocupa determinada área, pode ser retirada sob o pretexto de que foram contrários à homologação nos termos decididos pelo eg. STF?” (fl. 15.646)

(iii) Lawrence Manly Harte e outros (assistentes dos autores) afirmam que haveria omissão e contradição no acórdão, na parte em que determinou o cumprimento de uma decisão declaratória como se condenatória fosse. Sustentam ainda que o acórdão teria sido omissivo ao impor-lhes uma decisão prejudicial sem que tenham tido oportunidade de produzir as provas de que poderiam dispor.

(iv) As Comunidades Indígenas Socó, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai (assistentes da ré) suscitam dúvidas relativas:

- a) Ao exercício da garimpagem pelos índios;
- b) À necessidade de lei complementar com relação às proposições e e g do acórdão;
- c) À exigência de prévia consulta às comunidades indígenas, quanto à condicionante e;
- d) Ao risco de o Instituto Chico Mendes restringir a posse permanente e o usufruto dos índios (condicionantes h e i);
- e) À necessidade de prévia consulta ou autorização, por parte dos índios quanto ao ingresso, trânsito e permanência de não-índios que não sejam autoridades públicas no exercício de suas funções (condicionante l).
- f) Ao eventual pagamento de indenizações pela “ocupação” de parte das

terras indígenas para execução de obras que, embora situadas fora da área demarcada, gerem impactos sobre as comunidades ou que restrinjam seu usufruto exclusivo;

g) À proibição de ampliação da área demarcada (condicionante r);

(v) O Estado de Roraima (assistente do autor) suscita, de início, uma omissão relativa à liderança da União na prestação de serviços de saúde e educação. Isso pelo fato de que o Estado tem diversas escolas em áreas indígenas, além de uma empresa sob seu controle (CER) prestar o serviço de distribuição de energia elétrica no interior do território estadual. Alega, também, que o acórdão teria sido omissivo quanto à possibilidade de as comunidades indígenas restringirem a passagem de não-índios pelas rodovias federais e pelos rios que cruzam a área homologada.

(vi) A Procuradoria-Geral da República (custos legis) questiona, inicialmente, a fixação de condições em abstrato pela Corte, considerando, em especial, os limites impostos pelos princípios do Estado de Direito, da separação de Poderes e do devido processo legal, uma vez que as condições indicadas não teriam sido objeto de contraditório. Emparticular, alega que o acórdão teria dado uma primazia incondicionada aos interesses (por vezes econômicos) da União, bem como à proteção do meio ambiente, em detrimento dos índios. Teria ainda desconsiderado a exigência de prévia edição da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição. Sustenta, ainda, que o julgado teria violado diversos dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho ao afastar a consulta aos índios em algumas hipóteses, ou ao dar-lhe um caráter meramente opinativo. Por fim, aponta que a vedação à expansão das áreas demarcadas equivaleria a uma “proibição do avanço social”, além de impedir a correção de eventuais vícios e até a aquisição de novas áreas, pelos índios, pelas vias tradicionais do direito civil.

(vii) A Ação Integralista Brasileira, o Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior sustentam, em síntese, que a demarcação impede o progresso e gera um “um regime de ‘apartheid’ a favor de um conjunto de pessoas que trabalham com muito menos intensidade (fl. 15.700). Pedem, ao final, que se declare que: “não é possível expulsar os não-índios dessa área denominada Raposa Serra do Sol, porque isso implicaria em discriminação racial; não é possível que uma demarcação de terras envolvendo tantos interesses de tantas pessoas e do Estado de Roraima, seja feita por processo administrativo, no qual a interessada e autora a FUNAI julgava em causa própria, sem a imprescindível imparcialidade; a demarcação só podendo ser feita mediante processo judicial com citação de todos os interessados; que devem ser respeitados os prazos de prescrição extintiva, e o direito de propriedade particular; que devem ficar revogadas as decisões tomadas em 19-3-09, eis que o que ali foi deferido não constava no petitório daquela ação popular, sendo, pois, decisões ‘extra petita’ e/ou ‘sine petitum’; e pelas demais causas de pedir

desta petição recursal” (fl. 15.736).

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

Antes de passar ao exame dos itens específicos que foram objeto de embargos de declaração, penso que é importante fazer três registros gerais. O primeiro diz respeito ao alcance dos embargos de declaração, cujos pressupostos de cabimento e análise são restritos, limitando-se à verificação de eventuais omissões, contradições ou obscuridades. Isso faz com que o exame desse recurso seja um exercício de apuro técnico e humildade, incompatível com a pretensão de se reabrir o julgamento. Atento a esse parâmetro legal, não estudei o acórdão com olhos de quem quer fazer dele algo diverso do que é. Não proponho, nem poderia propor, uma revisão de mérito da decisão. Em vez disso, o voto se concentra na análise dos supostos vícios internos suscitados pelas partes.

Em segundo lugar, entendo que a premissa mais destacada do acórdão é a importância diferenciada que a Constituição atribui à proteção dos índios e do seu modo de viver. De forma objetiva, aliás, o cerne da decisão foi a confirmação da validade da demarcação contínua realizada pela União, assentando que o direito das comunidades indígenas é *reconhecido* a partir da identificação de suas terras tradicionais, e não *constituído* por escolha política. Mesmo quando isso produza um extenso recorte no território antes submetido à autonomia plena de um Estado-membro da Federação, situado em área de fronteira estratégica com outros países. Não é pouca coisa.

Feitas essas considerações, passo a examinar de forma específica cada um dos embargos de declaração.

I. EMBARGOS OPOSTOS POR AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA, MOVIMENTO INTEGRALISTA BRASILEIRO E ANÉSIO DE LARA CAMPOS

JÚNIOR

Não sendo partes no processo, a Ação Integralista Brasileira e o Movimento Integralista Brasileiro só poderiam interpor recurso se demonstrassem “*o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial*” (CPC, art. 499, § 1º) – o que não ocorreu. Os embargos se limitam a questionar as premissas fáticas e jurídicas do acórdão, sem apontar qualquer conexão entre essas duas embargantes e as questões concretamente envolvidas na demanda. Nessas condições, o recurso não pode ser conhecido (RE 466.348 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; RMS 22.307 ED-ED/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão; AI 115.775 AgR/MA, Rel. Min. Sydney Sanches).

Os embargos tampouco podem ser recebidos em relação a Anésio de Lara Campos Júnior. Embora a Lei nº 4.717/65 atribua genericamente aos *cidadãos* a legitimidade para recorrer contra sentenças proferidas em desfavor do autor popular (art. 19, § 2º), não há comprovação nos autos da sua condição de cidadão, como exige o art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 (título eleitoral ou documento correspondente).

Ainda que essa irregularidade pudesse ser sanada, a medida se provaria inútil. Os embargos de declaração de que se trata contêm uma série de ilações genéricas acerca de alegado prejuízo ao interesse público, de difícil compreensão global. Isso já bastaria para que não fossem admitidos, tendo em vista a deficiência na sua fundamentação (AI 490.513 AgR-ED/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes). Além disso, a petição não aponta omissão, contradição ou obscuridade, limitando-se a externar a mera irresignação do embargante com o que restou decidido e pedindo uma nova apreciação de mérito. Como é corrente, não é essa a destinação dos embargos de declaração, sujeitos a limites técnicos estreitos.

Dessa forma, não conheço dos embargos.

II. EMBARGOS OPOSTOS PELO SENADOR AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

O ponto suscitado pelo embargante diz respeito à Fazenda Guanabara que, em sua

avaliação, deveria ser excluída da área demarcada. Sustenta que a fazenda seria de ocupação privada desde 1918, tendo sido reconhecido o domínio particular por sentença proferida em ação discriminatória, transitada em julgado em 1983. Isso teria constado do Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça, e só poderia ter sido alterado caso tivesse sido apontada alguma nulidade.

Não verifico qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter *originário* do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros. Observou-se, ainda, que a *“tradicionalidade da posse nativa [...] 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’”* (negrito acrescentado).

Embora essas considerações gerais se apliquem também à Fazenda Guanabara, esse imóvel em particular foi objeto de consideração específica no acórdão, tanto no voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, como nos votos dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Gilmar Mendes, cujos trechos pertinentes seguem transcritos, respectivamente, abaixo:

“(...) são nulas as titulações conferidas pelo INCRA, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a ocupação da ‘Fazenda Guanabara’. Se não, veja-se: a) a autarquia federal, baseada em estudo de 1979, constante de procedimento declaratório inconcluso (ausentes portaria declaratória e decreto homologatório), sem qualquer consulta à FUNAI arrecadou terras da União como se devolutas fossem, alienando-as diretamente a particulares; b) sucede que as terras já eram, e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas nos estudos de 1979 e de 1985 apenas pra superar *‘dificuldades que teria o Órgão Tutelar em demarcar’* tal área (dificuldades consistentes em litígios dos índios frente aos não-índios); c) já a titulação da Fazenda Guanabara, alegadamente escorada em sentença com trânsito em julgado, proferida em ação discriminatória, também ela padece de vício insanável. É que a referida ação não cuidou da temática indígena, pois, equivocadamente, partiu do pressuposto de se tratar de terra devoluta. O que se comprova pelo acórdão do TRF da 1ª Região, **transitado em julgado**, na ação de manutenção de posse que teve por autor o suposto proprietário privado. Acórdão que vocalizou o seguinte: *‘comprovada através de laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição*

para reintegrar a União na posse do bem”. Pelo que não podem prosperar as determinações do Despacho nº 80/96, do então Ministro de Estado da Justiça, pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé” (fls. 340-1).

“No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva [...].

Ainda que assim não fosse, as imagens de satélite juntadas aos autos (fls. 5.003 a 5.011, v. 19, e fl. 9.440, v. 38) demonstram nitidamente que a ocupação das Fazendas Depósito e **Guanabara-Canadá**, junto ao rio Surumu, e Iemanjá, junto ao rio Tacutu, **não existia como tal antes de 1991**” (fl. 385; negrito no original).

“Restam, portanto, as áreas correspondentes às Vilas Água Fria, Socó, Vila Pereira e Mutum, às titulações conferidas pelo INCRA, à Fazenda Guanabara e às propriedades dos pequenos rizicultores privados que passaram a ocupar as terras a partir de 1992.

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores à demarcação, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal [...].

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios” (fls. 812-3).

A matéria foi, portanto, objeto de decisão expressa do Plenário, inclusive no tocante ao alegado direito de propriedade protegido por decisão transitada em julgado. Inexistindo, no ponto, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, devem ser **desprovidos** os embargos.

III. EMBARGOS OPOSTOS PELO SENADOR FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

Com legítimo interesse, o Senador Mozarildo Cavalcanti veio aos autos e foi admitido como assistente do autor popular. Além de diversas questões pontuais – examinadas ao final –, seus embargos suscitam duas contradições: a primeira relativa à impossibilidade de se proceder à execução de uma decisão declaratória; a segunda referente à ausência de citação do Estado de Roraima para integrar a lide. Inicie-se pela segunda.

III.1 A ausência de citação do Estado de Roraima

Depois de já encerrada a instrução do processo, o Estado de Roraima pleiteou sua admissão como litisconsorte do autor popular. O Tribunal, por maioria, decidiu admiti-lo como assistente simples do autor. A matéria é realmente complexa, como bem demonstrou o substancial voto-vista em linha divergente apresentado pelo Ministro Marco Aurélio. Sua Excelência manifestou-se no sentido de “*chamar-se o processo à ordem, reabrindo-se, na extensão cabível, a instrução processual*”, por considerar “*indispensável para a correta formação do processo que o ente dito alcançado pelo ato lesivo apontado como nulo figure na relação subjetiva processual*”, referindo-se ao Estado de Roraima e aos Municípios envolvidos. A questão, porém, foi superada pelo Plenário, não sendo possível reabrir a discussão por meio de embargos declaratórios. Nesta parte, portanto, o recurso deve ser **desprovido**.

III.2 A execução da ordem de retirada dos não-índios

Nesse ponto, dois fundamentos afastam a irresignação do embargante. Em primeiro lugar, a doutrina contemporânea já não afirma, em caráter absoluto, que apenas sentenças condenatórias seriam suscetíveis de execução. Essa percepção ficou reforçada após a edição da Lei nº 11.232/2005, que alterou o CPC para suprimir a listagem de títulos executivos judiciais antes enunciada no art. 584, no qual constava a referência à “*sentença condenatória proferida no processo civil*”. A previsão foi substituída pelo art. 475-N, cujo inciso I identifica como título executivo a “*sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de*

obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (CPC, art. 475-N, I). Dando aplicação ao novo comando, o Superior Tribunal de Justiça já registrou, em acórdão da lavra do Ministro Teori Zavascki: “o art. 475-N, I do CPC se aplica também à sentença que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhece a existência de obrigação do demandante para com o demandado” (STJ, REsp 1.300.213/RS).

Ainda que a matéria permaneça envolta em alguma controvérsia¹, a alteração legislativa veio ao encontro da tendência de se buscar a máxima efetividade dos pronunciamentos judiciais, integrando, na maior medida possível, as etapas de conhecimento e execução. Nessa linha, já não há necessariamente uma contradição na sentença que, embora declaratória, disponha sobre o cumprimento de suas disposições. No caso, porém, sequer seria necessário aprofundar o debate acerca dessa questão processual.

Isso porque não foi o Supremo Tribunal Federal que determinou a retirada dos não-índios. O acórdão simplesmente declarou a validade da Portaria/MJ nº 534/2005, que já impunha a saída dessas pessoas em seu art. 5º, parágrafo único (“*A extrusão dos ocupantes não-índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial*”). A ordem partiu, portanto, do Poder Executivo e só não foi executada antes por força de decisão deste Tribunal na AC 2.009 MC/RR, que suspendera a ordem de remoção. Quando do julgamento da Pet 3.388/RR, foi cassada a liminar proferida na ação cautelar, do que resultou a exequibilidade imediata do art. 5º, parágrafo único, da Portaria/MJ nº 534/2005.

Para além dessa justificação na técnica jurídica, convém destacar a importância da atuação levada a cabo por esta Corte e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sentido

¹ V., por todos: Athos Gusmão Carneiro, *Cumprimento da sentença civil e procedimentos executivos*, 2010, p. 69 e ss.; Luiz Fux, *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*, 2006, p. 112-3; Elias Gazal Rocha, *Execução de sentenças de improcedência*, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* 62:64 e ss., 2007.

de tornar efetiva a conclusão a que se chegou no presente processo. Diante de todo o histórico de conflitos na região – fartamente documentado nos autos – teria sido ingênuo supor que a mera proclamação judicial teria o efeito de fazer cessar, de forma imediata, toda e qualquer oposição indevida aos direitos reconhecidos no processo.

Para ajudar a superar as compreensíveis resistências e cumprir verdadeiramente a sua função, o Judiciário adotou a postura louvável de “deslocar-se” até o lugar do conflito fundiário (CF/88, art. 126, parágrafo único), na pessoa do Ministro Carlos Ayres Britto e do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que estiveram fisicamente na região. Sem retirar do Executivo o encargo – que lhe é próprio – de executar a portaria demarcatória, o Supremo Tribunal Federal manteve supervisão sobre os atos praticados. Não havia uma forma simples e inteiramente consensual para se resolver o complexo litígio que foi submetido a essa Corte, relativo a variadas disputas que remontam a muitas décadas. O melhor que se podia fazer era assegurar a autoridade do acórdão, produzindo o desfecho necessário para essa triste história de incompreensões e violação a direitos.

Com essas considerações, **nego provimento** aos embargos de declaração também nesse ponto.

III.3 Questões pontuais apresentadas

Além das alegações analisadas acima, já enfrentadas, o embargante apresenta onze questões, sendo todas pertinentes ao conteúdo do acórdão ou à sua execução. Por facilidade, elas serão examinadas individualmente ou por grupos temáticos.

- **Pessoas miscigenadas, ou que vivam maritalmente com índios, podem permanecer na área?**

Com base no caráter pluralista e inclusivo da Constituição de 1988, o critério adotado pelo acórdão não foi genético, mas sociocultural: podem permanecer na área demarcada e valer-se do usufruto exclusivo todos aqueles que integrem as comunidades indígenas locais.

Pouco importa, para isso, quantos ancestrais índios a pessoa tenha ou que o vínculo familiar com indígenas resulte, não de sangue, mas de adoção, casamento ou união estável. O que interessa é sua comunhão com o modo de vida tradicional dos índios da região. Também esses pontos foram ressaltados no acórdão, como se pode ver nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia, respectivamente:

“(…) no contexto do meu voto, a expressão ‘não-índios’ é significante de expulsão dos que litigam com os índios, disputando-lhes a posse, o uso, a ocupação da área em questão. Eu não falei, evidente que não quis incluir os não-índios, cônjuges de índios. Seria um disparate, um contra-senso.” (fls. 423-4)

“Nesses espaços, a presença dos brasileiros índios e não índios faz com que se aceitem, segundo a legislação aplicável pelo regime especial que submete a condição e os direitos dos índios, manterem tais espaços possíveis da presença dos que passaram a compor inclusive núcleos familiares complexos, formados por índios e não índios.

Não haveria como, juridicamente, decotar a presença dos não índios que componham tais núcleos, o que faz com que seja possível, apenas nestes casos e não para qualquer outro efeito, permitir-se tal presença, mesmo sendo a área, como é, na forma da demarcação feita, indígena. (...) Daí porque não se há de impor restrição a tais presenças, nem cabe, aqui, proibir-se ou exilar-se de tais áreas os não índios que com eles se tenham composto em comunidades estáveis, como famílias constituídas.” (fls. 477-8)

Nego provimento aos embargos nesta parte.

- **Autoridades religiosas de denominações não-indígenas podem continuar a exercer suas atividades na reserva? Os templos religiosos já construídos devem ser destruídos?**

A presença de autoridades religiosas ou de templos de denominações não-indígenas não foi debatida no acórdão como questão autônoma. Como o tema surgiu quando da retirada dos não-índios, parece conveniente examiná-lo mais detidamente.

O objetivo da Constituição é resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam

manter e viver as suas tradições – o que, na grande maioria dos casos, não exige a interdição absoluta de qualquer contato com pessoas de fora da terra indígena. Por isso mesmo, a presença de não-índios nas áreas demarcadas não é proibida sempre e em todos os casos. Em princípio, a mesma lógica se aplica à entrada ou à permanência de missionários e à construção de templos de denominações não-indígenas. Há, todavia, um elemento importante a ser considerado, que justifica um cuidado adicional: não se legitima a presença de indivíduos que tenham como propósito interferir com a *religião* dos índios, aspecto destacado de sua cultura. No passado, a presença desses missionários pode ter sido até encorajada, a fim de promover a assimilação dos índios à cultura majoritária no Brasil. Esse fim certamente não foi acolhido pela Constituição de 1988.

No entanto, nem por isso se deve supor – incidindo no equívoco oposto – que a Constituição tenha o papel de proteger os índios contra suas próprias escolhas, transformando o direito de preservarem sua cultura em um dever de isolamento incondicional. Nessa matéria, o maior erro é imaginar que caberia a alguém, senão aos próprios índios, decidir sobre o seu presente e o seu futuro – o que ocorre tanto pela imposição de valores externos quanto pela proibição de contato com outros modos de vida. Por certo, a ideia não é assimilar ou aculturar os índios, mas tampouco se pode impedir que eles mesmos decidam entrar em contato com outros grupos humanos e ideias.

Dessa forma, parece possível concluir que também a situação dos missionários e templos de denominações não-indígenas se encaixa na equilibrada moldura definida pelo acórdão embargado. Incide aqui a diretriz contida na própria ementa do julgado – no sentido de que a “*exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios (...), desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas*”.

Nessa matéria específica, porém, a liderança da União não pode se traduzir em uma espécie de *dirigismo cultural* por parte do Poder Público. Aqui estão em jogo dois direitos atribuídos exclusivamente aos índios, a saber: **(i)** a proteção de suas culturas, como integrantes de grupos minoritários; e **(ii)** sua autonomia individual, como quaisquer outros seres humanos. Por ser assim, deve caber às comunidades indígenas, e apenas a elas, o direito de *decidir* se, como e em que circunstâncias se admitirá a presença dos missionários e seus templos. Não se trata, portanto, de ouvir a sua opinião, mas de dar a ela o caráter definitivo que qualquer

escolha existencial deve ter, infensa à imposição externa, por parte da União, das denominações religiosas ou de quem quer que seja.

Observada essa premissa, caberá à União e ao Ministério Público organizar e supervisionar a entrada, a permanência e a saída de missionários e a construção de templos na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tomando as medidas necessárias para que a escolha dos grupos indígenas seja respeitada a cada tempo e para que os não índios tenham os seus direitos preservados durante seus períodos de permanência. Quanto aos templos e demais instalações erguidas por essas pessoas, como é natural, sua eventual construção não gerará qualquer direito de propriedade, nem tutela possessória.

Seja como for, todas essas considerações são compatíveis com as premissas adotadas no acórdão embargado. Também nesta parte, portanto, **nego provimento** aos embargos.

- **As escolas públicas estaduais ou municipais podem continuar em funcionamento? Em caso positivo, podem continuar a lecionar o currículo voltado à população não-índia?**

O ponto foi explicitamente abordado pelo acórdão embargado. Confira-se o trecho pertinente de sua ementa:

“NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF)”.

Além do voto do relator (fls. 272-6 e 306-7), constam referências ao tema, por exemplo, nos votos do Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 495) – que fala em “*prestação compartilhada*” de serviços públicos, mencionando a educação –, e do Ministro Gilmar Mendes, que fez referência expressa aos diplomas ordinários que tratam do tema.

Nos termos do acórdão, as terras indígenas não são entidades políticas autônomas, como os entes federativos; nem autarquias territoriais da União, como os Territórios Federais. A demarcação não altera o *status* político da região, mas opera apenas no plano *dominial*, declarando o direito de propriedade da União sobre a área (CF/88, art. 20, XI) e afetando-a a uma finalidade específica. Nessas condições, o reconhecimento da terra indígena não afasta, dos Estados e Municípios, as atribuições que a Constituição e suas respectivas ordens jurídicas lhes impõem, em particular quanto aos serviços públicos, como a educação.

Entretanto, a atuação dos entes locais nas áreas demarcadas deve observar a legislação federal pertinente – não porque a região se submeta ao controle direto da União, mas porque cabe a esta legislar, em caráter privativo, sobre as “*populações indígenas*” (CF/88, art. 22, XIV) e o uso das terras indígenas (CF/88, art. 231). Vale dizer: a liderança atribuída à União não decorre de um ato de vontade do Supremo Tribunal Federal e nem mesmo do seu domínio sobre a área, e sim de um elemento *pessoal* e um *patrimonial*, quais sejam: a presença de populações indígenas no local e o usufruto de um bem público federal.

Em suma: é perfeitamente viável o funcionamento das escolas estaduais e municipais na área, desde que se respeitem as normas federais sobre a educação dos índios, o que abarca, naturalmente, o currículo escolar e o conteúdo programático. Como o tema já fora decidido pelo acórdão, devem ser **desprovidos** os embargos no ponto.

● A passagem de não-índios pela única rodovia federal que liga Boa Vista à cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, foi negada ou assegurada, no todo ou em parte (i.e., dependente de autorização)? E quanto à rodovia BR-433, que liga Normandia a Pacaraima? A quem cabe autorizar a passagem por essas rodovias?

O acórdão afirma claramente que os índios não exercem poder de polícia, nem podem tornar inviável a passagem de outras pessoas pelas vias públicas que atravessem a área demarcada. Confira-se o trecho pertinente da ementa:

“A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública (...) **O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas**”. (negrito acrescentado)

O ponto foi destacado, por exemplo, nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto (fl. 310) e Gilmar Mendes (fl. 795). Como ressaltou a Ministra Cármen Lúcia (fl. 475), o próprio Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça (*DOU* 24.12.1996, p. 28.285) – mantido nesta parte pela Portaria nº 534/2005 – já havia excluído “*da fruição indígena exclusiva as estradas e vias públicas que atravessam a área indígena, bem como suas respectivas faixas de domínio público a assegurar a livre circulação de pessoas e veículos em tais estradas*”. (negrito acrescentado)

Naturalmente, o tráfego por vias públicas não importa uma autorização para o ingresso em outras partes da terra indígena, nem para o usufruto das riquezas do solo, dos rios ou dos lagos (*e.g.*, a pesca nos rios que servem de hidrovia).

Inexistindo omissão, voto pelo **desprovimento** dos embargos nesta parte.

- **Como ficam as ações individuais que questionam a boa-fé dos portadores dos títulos de propriedade? Foram automaticamente extintas ou serão julgadas individualmente?**

Convém explicitar o ponto. Na Pet 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal julgou tão somente a validade da Portaria/MJ nº 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.04.2005. Não foram apreciados os outros processos que discutem questões individuais relacionadas à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Ocorre, porém, que, uma vez transitadas em julgado, as sentenças de mérito proferidas em ação popular são oponíveis *erga omnes*, nos termos do art. 18 da Lei nº 4.717/65,

ressalvados apenas os casos de insuficiência de provas²². Disso resulta que todos os processos relacionados a essa terra indígena deverão adotar, como necessárias, as seguintes premissas: (i) a validade da Portaria/MJ nº 534/2005 e do 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 – do que resulta não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º).

Nessa linha, **dou parcial provimento** aos embargos apenas para prestar os esclarecimentos acima, sem efeitos modificativos.

- **Como se dará a posse das fazendas desocupadas? Se um grupo ou entidade indígena, já ocupa determinada área, pode ser retirada sob o pretexto de que foram contrários à homologação nos termos decididos pelo eg. STF? (fl. 15.646)**

Não se trata de uma omissão, porque o tema não integrava o objeto da ação. Eventuais querelas entre grupos indígenas devem ser resolvidas pelas comunidades envolvidas, com a participação da União e da FUNAI, sem prejuízo da intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário. A conclusão, portanto, é pelo **desprovimento** dos embargos quanto a esta questão.

IV. EMBARGOS OPOSTOS POR LAWRENCE MANLY HARTE E OUTROS

Tais embargos reiteram a objeção ao fato de se haver determinado a execução de uma decisão declaratória, bem como a circunstância de que, tendo sido admitidos como assistentes simples, não tiveram oportunidade de produzir as provas de que poderiam dispor. Ambas as questões já foram examinadas acima, quando da apreciação dos embargos opostos pelo

²² Lei nº 4.717/65, art. 18: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”

Senador Mozarildo Cavalcanti. Embora Sua Excelência tenha questionado a não-participação do Estado de Roraima como parte – e não a dos particulares ora embargantes –, aplicam-se aqui as mesmas considerações expostas acima: o ponto é relevante e sensível, mas foi debatido pelo Plenário que, para além de qualquer dúvida, considerou correto admiti-los como assistentes simples, recebendo o processo no estado em que se encontrava. Não é viável reabrir a discussão sobre o tema em sede de embargos de declaração. Voto, assim, pelo **desprovemento** dos embargos.

V. EMBARGOS OPOSTOS PELO ESTADO DE RORAIMA

Os pontos suscitados por esse embargante também já foram examinados anteriormente.

A primeira questão diz respeito às competências estaduais, notadamente as que se relacionam aos serviços de educação. Não há qualquer dúvida quanto ao fato de que as competências do Estado de Roraima podem e devem ser exercidas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A liderança da União, mencionada no acórdão, não exonera as autoridades estaduais e municipais das suas incumbências, mas apenas submete o seu exercício ao cumprimento das leis federais pertinentes. Naturalmente, o reconhecimento do direito originário à terra indígena afasta qualquer titularidade do Estado ou das entidades de sua Administração indireta a imóveis que, inseridos na área demarcada, não tenham sido excluídos pela Portaria e pelo Decreto. Nada impede, contudo, seu uso regular, conforme acertado com a União.

A segunda questão envolve o direito de passagem pelas vias públicas situadas na reserva, que não poderá ser obstado pelas comunidades indígenas, sendo irrelevante que se trate de rodovias ou hidrovias.

Voto pelo desprovemento dos embargos.

VI. EMBARGOS OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Os embargos opostos pelo Ministério Público abordam diversos pontos, os quais se passa a abordar.

VI.1 Validade e natureza das condicionantes incorporadas ao acórdão

O *Parquet* suscita uma questão prejudicial acerca das condições incorporadas ao dispositivo do acórdão por proposta do Ministro Menezes Direito. Segundo a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Procuradora-Geral da República então em exercício, “*não cabe ao STF, a partir de obiter dictum lançado em voto proferido em sede de processo subjetivo, traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide*” (fl. 10.158). Sua Excelência reconhece que o Tribunal vem relativizando sua autolimitação à condição de “legislador negativo”, mas afirma que (fls. 10.158-9):

“(...) os princípios democrático e da separação de poderes impõem limites para esta atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassados no caso. Na hipótese, sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo e de enorme relevância social e jurídica.

Tal procedimento viola não apenas as regras legais concernentes aos limites objetivos e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 da Lei nº 4.717/65), como também fere de morte os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF), segundo os quais cabe ao legislador, devidamente legitimado pelo voto popular, a prerrogativa constitucional de expedir normas gerais e abstratas de conduta.

Não bastasse, o procedimento adotado para imposição das mencionadas condições ofendeu também a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Com efeito, a maior parte das questões abordadas nas referidas condições não guarda qualquer relação com o objeto específico da lide, ou seja, os limites traçados para a procedência ou não de uma ação popular. Portanto, sobre elas não se estabeleceu o contraditório. Não se concedeu nem às partes, nem aos diversos grupos e instituições afetadas por medidas tão impactantes, qualquer possibilidade de se manifestarem e de tentarem influir na elaboração das citadas condições”.

Por fim, alega que condições definidas em caráter geral e abstrato só poderiam ser impostas, a partir de casos concretos, pela via das súmulas vinculantes. Mas isso, de todo modo, não seria viável na hipótese porque inexisteriam reiteradas decisões do Tribunal sobre o tema ou risco de multiplicação de processos sobre essa matéria.

Passo a examinar o ponto. Embora o acórdão me pareça bastante claro neste aspecto, é fato que as chamadas condicionantes a ele incorporadas vêm gerando alguma polêmica. Por conta disso, convém fazer alguns esclarecimentos. Para tanto, sequer é necessário debater a limitação do Tribunal à condição de “legislador negativo”. Embora instigante, o debate seria irrelevante para o caso em exame. Não é difícil observar por quê.

As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição.

Na esteira da proposta do Ministro Menezes Direito, a maioria entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à área demarcada. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos. Não foi por outra razão, aliás, que o Tribunal substituiu a improcedência do pedido pela procedência parcial. Como observou a Ministra Cármen Lúcia, o que se fez foi acolher o pleito para interpretar os atos impugnados à luz das disposições constitucionais pertinentes ao tema.

Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos

tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal.

Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “*a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol*” (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas (Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], *DJe* 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 28.05.2012).

Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática (Rcl 4.708/GO):

“Precedente, no direito brasileiro, não pode ser o que a doutrina aproveita ao cuidar dos sistemas do *common law*. Conquanto já não se creia que o sistema do *civil law* possa ser tido como o modelo que cobre, com todo rigor, o sistema jurídico brasileiro, é certo que o *leading case* não tem, aqui, as conseqüências vinculantes para os juízes daquele primeiro sistema. 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.

Mas também é certo que o precedente judicial – julgado anterior sobre a matéria não substituído ou desautorizado por entendimento sobre aplicação de norma jurídica em sentido contrário exarado pelo Supremo Tribunal – influi, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pela jurisdição inferior. 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. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido”.

É apenas nesse sentido limitado que as condições indicadas no acórdão embargado produzem efeitos sobre futuros processos, tendo por objeto demarcações distintas. Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais - não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões. O ponto foi objeto de registro expresso por parte do Ministro Cezar Peluso (fls. 543 e 545):

“(…) a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou **leading case**, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.

Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo, basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão (...).

Desde logo(...), compreendo a inspiração de Sua Excelência [o Ministro Menezes Direito] ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras”.

Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, 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 de superação das suas razões.

Dessa forma, **dou parcial provimento** aos embargos de declaração, sem efeitos modificativos, apenas para prestar os esclarecimentos acima.

VI.2. Ponderações envolvendo os direitos dos índios

Em diversas passagens, a Procuradora-Geral da República sustenta que o Tribunal teria dado primazia incondicionada a interesses da União – inclusive econômicos –, bem como à tutela do meio ambiente, em detrimento dos direitos dos índios. Preocupação semelhante se verifica também nos embargos opostos pelas Comunidades Indígenas, adiante analisados.

Não há como acolher os embargos no ponto. Observo inicialmente que não há omissão, contradição ou obscuridade quanto a essa questão. O acórdão é claro e expresso a respeito da orientação adotada. Seja como for, não vislumbro, no julgado, uma primazia incondicionada em favor de quem quer que seja. Como destacado pela Ministra Cármen Lúcia, “*aos índios, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e de segurança nacional*” (fl. 519). O que fez o acórdão embargado foi uma *ponderação*: diante do choque de direitos constitucionais e fins públicos relevantes, o Tribunal definiu como devem ser conciliadas, *em princípio*, essas pretensões antagônicas. De ordinário, essa tarefa compete ao legislador, mas, na ausência de disposições claras sobre essas questões, coube à Corte discorrer sobre o sentido das exigências constitucionais na matéria, à luz das circunstâncias do caso em exame.

Nesse ponto, é importante observar que a ponderação em abstrato feita pelo Tribunal não impede que outros juízes, diante dos elementos específicos de um caso concreto, cheguem a conclusões específicas diversas. Essas decisões poderão ser questionadas pelos meios tradicionais de impugnação do direito brasileiro, podendo até mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal (via recurso extraordinário, por exemplo).

Dessa forma, **nego provimento** aos embargos nesta parte.

VI.3. Sentido e alcance da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição

Segundo o Ministério Público Federal, a utilização das terras indígenas pela União (para fins econômicos ou militares, ou para a prestação de serviços públicos) dependeria da prévia edição da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição. Veja-se o dispositivo:

“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”.

Também neste ponto, os embargos não merecem ser acolhidos. O tema foi explicitamente tratado no voto do Ministro Menezes Direito, que integrou a maioria (fls. 391-2):

“Ainda de acordo com o art. 231, § 2º, da Constituição, cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos

rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, **salvo, como dispõe o art. 231, § 6º, quando houver relevante interesse público da União, na forma de lei complementar, caso em que esta poderá iniciar a exploração dessas riquezas.**

Merecem destaque as restrições referentes à exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos e à pesquisa e lavra de riquezas minerais, especialmente em razão da incongruência que a uma primeira vista se apresenta entre os §§ 3º e 6º do art. 231.

(...)

De fato, a lei de que trata o § 3º do art. 231 é exigida para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras. Nada mais. A lei complementar referida no § 6º do art. 231, por sua vez, é requisito para a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente do potencial energético ou a pesquisa e lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União”.

Dessa forma, na interpretação adotada pelo acórdão embargado, a reserva de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição não alcança toda e qualquer atuação da União nas terras indígenas. Em particular, o patrulhamento de fronteiras, a defesa nacional e a conservação ambiental nas áreas demarcadas não dependem da prévia promulgação da referida lei.

VI.4. A participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem os seus interesses e direitos

A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A *defesa nacional* é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. O tema também foi abordado pelo Ministro Menezes Direito, com referência expressa à Convenção (fl. 408):

“Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional”.

Na mesma linha, confira-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 731):

“**A circunstância** de a faixa de fronteira **constituir** área **indispensável** à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional **justifica**, plenamente, **todas** as medidas **preconizadas** no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO **proferiu** nesta causa, **notadamente** aquelas **concernentes à desnecessidade de prévia autorização** da FUNAI **ou de consulta prévia** às comunidades tribais interessadas, **para efeito** de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades

militares e de atuação, nessas mesmas áreas, **de qualquer** das Forças Singulares”.

Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas “*não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade*” (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.

A mesma lógica se aplica em matéria ambiental, que também mereceu proteção diferenciada por parte do constituinte. Por isso mesmo, e com a devida vênia em relação à posição da embargante (fl. 16.165), não há um problema *a priori* no fato de que “*as tradições e costumes indígenas*” sejam considerados como “*apenas mais um fator, a ser sopesado pela autoridade ambiental*”. Em verdade, essa é uma circunstância inerente à unidade do sistema constitucional, que promove a tutela de um conjunto variado de interesses e direitos que, em diversas situações, podem entrar em rota de colisão. Ao não instituir uma hierarquia rígida ou estática entre tais elementos, a Constituição impõe a necessidade de que a concordância entre eles seja produzida em cada contexto específico, à luz de suas peculiaridades.

Assim, como responsável pela administração das áreas de preservação, o Instituto

Chico Mendes não pode decidir apenas com base nos interesses dos indígenas, devendo levar em conta as exigências relacionadas à tutela do meio ambiente. Nesse cenário, é de fato possível como afirma a embargante – que “*o administrador da unidade de conservação, até pela sua posição institucional, ponha em primeiro plano a tutela ambiental, em detrimento do direito das comunidades indígenas*”. Contudo, é igualmente possível que isso não ocorra, não cabendo a este Tribunal antecipar o erro, a negligência ou a má-fé. Em qualquer caso, os índios, suas comunidades e o próprio Ministério Público poderão recorrer ao Poder Judiciário sempre que reputarem inválida uma decisão do Instituto (ou de qualquer outra autoridade).

Como também este ponto já havia sido equacionado pelo acórdão embargado, **nego provimento** aos embargos nesta parte.

VI.5. Vedação à ampliação das áreas demarcadas

A condição *r* foi acolhida pela maioria do Tribunal, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto (Relator), Eros Grau e Cármen Lúcia. Prevaleceu a ideia de que a demarcação das terras indígenas não poderia permanecer em aberto, por acarretar consequências gravíssimas para terceiros – em particular a privação de direitos de propriedade sem indenização, ressalvadas apenas as benfeitorias de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). A questão comporta, contudo, três esclarecimentos.

Em *primeiro* lugar, afirmou-se que o instrumento da *demarcação* previsto no art. 231 da Constituição não pode ser empregado, em sede de revisão administrativa, para ampliar a terra indígena já reconhecida, submetendo todo o espaço adjacente a uma permanente situação de insegurança jurídica. Nada disso impede que a área sujeita a uso pelos índios seja aumentada por outros instrumentos previstos no Direito. Os próprios índios e suas comunidades podem adquirir imóveis, na forma da lei civil (Lei nº 6.001/73, arts. 32 e 33). Nessa qualidade, terão todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos meios negociais tradicionais (como a compra e venda ou a doação), seja pela desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV). Essas questões se refletiram nos debates de fls. 850-2:

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se Vossa Excelência me permite?

Isso aí é o pressuposto de toda a demarcação, isto é, se foi demarcado e, no ato da demarcação, se reconheceu que a área demarcada correspondia à posse efetivamente provada. Noutras palavras, se nós admitirmos que a área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada. Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca a área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI –

Mediante laudo técnico, antropológico.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Exatamente.

Isto é, se nós deixarmos em aberto a possibilidade de discussão dos limites da demarcação, nós deixamos em aberto para todos os efeitos – e não é só para a ampliação – o alcance da posse na data da Constituição.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A título de demarcação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A título de demarcação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, nada impede que certos indígenas super aculturados venham a adquirir outras áreas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Isso é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ou até por desapropriação.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO – (...) uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório”.

Em *segundo* lugar, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O *controle judicial*, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da *autotutela administrativa*. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas “*não abre espaço para nenhum tipo de*

revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador” (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação. A vinculação do Poder Público à juridicidade - que autoriza o controle judicial dos seus atos - impõe à Administração Pública o dever de *anular* suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, *e*), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. Esses pontos foram bem sintetizados no voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 776, 782-3):

“Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuente voto do Ministro Menezes Direito.

[...]

Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.

[...]

A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações e expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela Administração Pública.

[...]

Nesse sentido, revela-se premente a adoção de critérios objetivos e de limites temporais claros para a resolução das questões fundiária, ambiental e indígena em nosso país, a fim de que o quadro de insegurança jurídica que hoje presenciamos possa ser, enfim, debelado ou, pelo menos, atenuado. Não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.

A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas”.

Em *terceiro* lugar, e por fim, independentemente do que se observou acima, é vedado à União rever os atos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. Recorrendo novamente às palavras do Ministro Gilmar Mendes: “*Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal*” (fl. 782). Essa orientação também contava com a adesão, *e.g.*, do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator). Embora discordasse da condicionante *r* em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava “*de pleno acordo*” com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848).

Como essas observações já estavam presentes no acórdão embargado, **nego provimento** aos embargos neste ponto.

VII. EMBARGOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Por fim, analiso as questões suscitadas pelas comunidades indígenas.

VII.1 . Garimpagem e faiscação

O primeiro ponto diz respeito à condição d (“o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira”). As embargantes afirmam, em síntese, que caberia apenas aos índios o “aproveitamento de jazimento mineral que aflora ao solo e nos leitos dos rios e lagos, localizados nas terras tradicionalmente ocupados pelos índios” (fl. 15.855).

Não há omissão quanto à matéria, que foi debatida, e.g., no voto do Ministro Menezes Direito, e novamente suscitada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Vejam-se, respectivamente, os trechos pertinentes dessas manifestações:

“O que deve ser lembrado é que a edição de uma lei prévia é também exigência de outro dispositivo constitucional, o § 1º do art. 176. E este está diretamente dirigido à exploração de potenciais hidráulicos e riquezas minerais.

[...]

É importante afirmar que os indígenas também não poderão, sem a autorização do Congresso e dos demais requisitos exigidos em lei, explorar os recursos hídricos e os potenciais energéticos (arts. 49, XVI, e 231, § 3º, ambos da Constituição Federal), já que não lhes é assegurado pela Carta Magna nenhum privilégio nesse sentido. Nem, tampouco, poderão criar obstáculos ou impor exigências.

A Constituição, seguindo a tradição iniciada em 1934, distingue o solo do subsolo para fins de tratamento dos direitos de propriedade (arts. 20, IX e 176, **caput**). Da mesma forma, o Código Civil (art. 1.230). Estando ou não aflorada, a jazida é parte distinta do solo (art. 176, **caput**, da Constituição Federal e art. 4º, Código de Mineração).

É bom notar que a garimpagem é, na interpretação sistemática das Leis nºs 11.685, de 2 de junho de 2008, e 7.805, de 18 de julho de 1989, ‘*a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM*’ (art. 2º da Lei nº 11.685/2008). Como tal, é espécie de lavra (Lei nº 7.805/89), devendo ser autorizada previamente pelo DNPM, que outorgará, nesse caso, o título minerário (art. 3º da Lei nº 11.685/2008).

Assim, sendo o objeto de sua exploração uma jazida, não há como reconhecer diferença entre os índios e os não-índios no que se refere à lavra garimpeira, já que estes têm apenas o usufruto das riquezas do **solo**. Por isso, não havendo nas disposições constitucionais que proíbem a pesquisa e a

lavra de riquezas minerais nenhuma exceção que beneficie os índios, também eles devem obter a adequada permissão (Leis nºs 7.805/89 e 11.685/08).

Embora não se trate de enfrentar este tema agora, haverá de ser examinada no momento próprio a questão da recepção do caput do art. 22, do art. 24, do inciso II do art. 39, do art. 44 e do art. 45 da Lei nº 6.001/1973, bem como do Decreto nº 88.985, de 10 de novembro de 1983.”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Sobre as propostas constantes do voto do Ministro Menezes Direito, já houve, inclusive, manifestações dos Ministros, ausentes hoje, Celso de Mello e Ellen Gracie.

Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência teria?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

Um as sugestões meramente pontuais, se Vossa Excelência permitir?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Por favor.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

Ministro Menezes Direito, na primeira condição, sugiro a Vossa Excelência a seguinte modificação:

[...]

III: o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra dos recursos minerais. Na Constituição, tem das riquezas minerais. Se Vossa Excelência quiser fazer a adaptação das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional.

[...]

IV: o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira. Aqui tenho uma dúvida: não sei se é permitido garimpagem em terra indígena? Mas Vossa Excelência deve ter feito um estudo mais.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Dependendo da autorização.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

Muito bem. Então, não faço sugestão.”

No acórdão embargado, não se discutiu à exaustão o regime legal e regulamentar aplicável à garimpagem e à faiscação. Nem seria próprio fazê-lo. Limitando-se à interpretação do sistema constitucional, o Tribunal definiu apenas que o usufruto dos índios não lhes confere o direito de explorar recursos minerais (bens públicos federais) sem autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode confundir a mineração, como atividade econômica, com aquelas formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da Constituição.

Embora esse ponto me pareça claro, creio ser conveniente **prover parcialmente** os embargos apenas para prestar os esclarecimentos acima.

VII.2. Exigência de lei complementar

O ponto já foi examinado no item VI.3, a que se remete, por concisão.

VII.3. Prévia consulta às comunidades indígenas

Esse ponto também já foi abordado – v. item VI.4, acima.

VII.4. Indenizações pela “ocupação” de parte das terras indígenas

A questão diz respeito ao pagamento de indenização quando a realização de obras públicas, fora da terra indígena, prejudique o usufruto exclusivo dos índios sobre a área. O ponto não integra o objeto da ação e, por isso, não foi abordado pelo acórdão embargado. Nesse sentido, não há por que acolher os embargos. A configuração do dever de indenizar depende de pressupostos que devem ser examinados em cada caso concreto, à luz da legislação pertinente. **Nego provimento** aos embargos.

VII.5. Vedação à ampliação da área demarcada

O ponto já foi examinado acima – v. item VI.5.

VIII. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de:

não conhecer dos embargos de declaração opostos por Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior;

desprover os embargos opostos por Lawrence Manly Harte e outros e pelo Estado de Roraima; e

acolher parcialmente, sem efeitos modificativos, os embargos de declaração opostos pelo *Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti*, pela *Procuradoria-Geral da República* e pelas *Comunidades Indígenas*, apenas para esclarecer que:

A decisão proferida na Pet 3.388/RR tem a força intelectual e persuasiva de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, mas não é vinculante, em sentido técnico, para juízes e tribunais, quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas;

Com o trânsito em julgado do acórdão proferido na Pet 3.388/RR, 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, que demarcaram a área, observadas as condições indicadas no acórdão; e **(ii)** a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição importa em nela não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º);

O usufruto dos índios não lhes confere o direito exclusivo de explorar recursos minerais nas terras indígenas. Para fazê-lo, quaisquer pessoas devem contar com autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode confundir a mineração, como atividade econômica, com as formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da Constituição.

Antes de concluir, gostaria de fazer dois registros. Pensei em trazê-los como questões de ordem, mas, na verdade, é possível fazer de uma forma mais simples.

O primeiro deles diz respeito à supervisão judicial sobre o cumprimento da portaria demarcatória. Assim que assumi a relatoria do processo, determinei a expedição de ofício ao Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, solicitando um relatório final sobre o tema. Em homenagem à colegialidade, submeto à consideração do Plenário as principais informações prestadas por Sua Excelência:

em junho de 2009, já não havia mais nenhum “não índio” residindo na Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

não houve necessidade de nenhuma prisão;

a grande maior parte dos retirantes já sacou os valores depositados pela FUNAI a título de indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Diante disso, se o Tribunal estiver de acordo em me delegar essa atribuição, gostaria de dirigir um ofício, em nome da Corte, ao Desembargador Federal Jirair, cumprimentando-o pela dedicação e pelo excelente trabalho desenvolvido.

O segundo registro diz respeito ao exaurimento da competência deste Tribunal. Na Rcl 3.331/RR, decidiu-se que incumbiria “*a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena [Raposa Serra do Sol]*”. No entanto, reconhecida a validade dos atos que demarcaram a área, não me parece que ainda haja motivo que justifique a competência originária genérica deste Tribunal para toda e qualquer ação relacionada à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O conflito federativo que se alegava existir foi resolvido em definitivo com a decisão desta Corte. Nada impede que outras lides autorizem a invocação do art. 102, I, da Constituição, mas caberá aos interessados – como sempre – demonstrar os fundamentos dessa excepcional atuação originária.

Nessa linha, proponho que se declare exaurida a jurisdição desta Corte com o trânsito em julgado do acórdão, a fim de que os demais processos sobre a Terra Indígena sejam julgados pelos órgãos locais competentes. Naturalmente, nada impede que outros conflitos federativos provoquem nova manifestação originária do Tribunal, nem que se chegue ao STF pelas vias recursais próprias ou, eventualmente, por reclamação.

É como voto.

VOTO

(S/TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO) (EMBARGOS
OPOSTOS PELO SENADOR FRANCISCO MOZARILDODE MELO
CAVALCANTI)

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, acompanho o Relator, sem prejuízo de algumas observações que farei, mais adiante, em relação à eficácia

geral dessa decisão do Supremo Tribunal Federal.

V O T O

(S/TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, estou de acordo também.

Quanto aos templos religiosos e locais de culto, eu apenas, como *obiter dictum*, me permitiria salientar que é preciso conciliar essa excelente solução dada pelo eminente Relator com aquilo que consta no artigo 5º inciso VI da nossa Constituição, que assevera que:

"VI - 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 a suas liturgias;"

Não há nenhuma incompatibilidade disto que eu estou afirmando com aquilo que foi assentado por Sua Excelência, até porque os índios gozam e usufruem também - apesar do *status* especial que possuem por força da Constituição - de todos os direitos que estão listados no art. 5º desta Constituição.

Quanto aos locais de culto, estes têm uma situação diferenciada, no sentido de que merecem uma proteção toda especial, nos termos da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho uma única divergência relacionada à conclusão, até mesmo para que não ocorram leituras equivocadas do que decidido pelo Plenário. Houve a apreciação da ação popular, oportunidade na qual fiquei vencido, no que julgava inteiramente procedente, como ressaltado pelo ministro Luís Roberto Barroso, o pedido formulado na inicial.

Sua Excelência – isso está revelado na extensão do voto – acaba, até mesmo, a partir de premissas do acórdão formalizado, por prestar inúmeros esclarecimentos que, a meu ver, não ficaram limitados à penúltima questão. Esses esclarecimentos dizem respeito a outros

itens veiculados pelo Senador embargante, como, por exemplo, o referente à atividade religiosa, já agora com o aspecto destacado pelo ministro Ricardo Lewandowski, ou seja, a liberdade de culto.

Também, Sua Excelência, muito embora desprovendo os declaratórios – e pediria vênua para provê-los, justamente para dar uma envergadura maior aos esclarecimentos –, adentrou a problemática das escolas públicas existentes e apontou, ressaltando algo que estaria implícito na decisão do Tribunal, a direção maior da própria União.

Também veio a prestar esclarecimentos quanto à passagem de não índios pelas rodovias existentes. Creio que é interessante – até mesmo para alcançar-se, de uma forma mais efetiva, a paz social na localidade – prover os embargos, sem eficácia modificativa, apenas para dar-se, como disse, envergadura maior aos esclarecimentos.

Penso que são esses os itens, em síntese, em que Sua Excelência foi adiante para prestar esclarecimentos. Sabemos que os embargos declaratórios podem ter dois objetivos: o primeiro, se for o caso, integrar o pronunciamento embargado; e o segundo, justamente, afastar a possível obscuridade na leitura da própria decisão proferida, prestando-se esclarecimentos.

Por isso é que me permito, Presidente, divergir quanto aos itens que

mencionei, para, ao invés de desprover o recurso, provê-lo, visando encampar os esclarecimentos constantes do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

É como me pronuncio sobre a matéria.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO (S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

(EMBARGOS OPOSTOS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, pediria licença para, nesse ponto, tecer algumas considerações a mais, devendo desde logo antecipar que, nas conclusões, acompanho o Ministro Relator. Apenas registro um enfoque um pouco diferente

no que se refere à eficácia subjetiva e a alguns aspectos da eficácia temporal da decisão que aqui se proferiu.

Conforme salientado no voto do Ministro Roberto Barroso, os embargos de declaração não se prestam, em princípio, a promover a reforma do acórdão embargado mediante formulação de novo juízo sobre as questões decididas. E, no caso, ficou demonstrado que, em sua essência, a matéria suscitada nos diversos embargos de declaração diz respeito, não a omissões ou contradições porventura verificadas na decisão embargada, mas a questões que nela foram enfrentadas e decididas, não comportando, por isso mesmo, um novo juízo de revisão.

Os pontos que mereceram atenção – e, eventualmente, esclarecimentos – pelo relator dizem respeito à eficácia subjetiva do acórdão recorrido, especialmente no que se refere às denominadas “condicionantes” nele estabelecidas.

A propósito, desde logo é preciso enfatizar que tais condicionantes representam, na verdade, os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a conclusão, que foi pela procedência parcial do pedido. De qualquer modo, é importante considerar que o acórdão embargado está revestido dessa peculiar característica de ter estabelecido a definição do regime jurídico a ser observado em relação à área de terra indígena nele demarcada. Isso desperta duas espécies relevantes de questionamento: quanto à sua eficácia subjetiva, ou seja, quanto aos efeitos da decisão em face de terceiros não vinculados à relação processual; e a segunda, quanto à sua eficácia temporal, ou seja, relativamente aos efeitos prospectivos da decisão em face de eventuais modificações futuras do estado de fato ou de direito.

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso registrar a distinção entre eficácia e imutabilidade das sentenças. A *imutabilidade* é uma qualidade própria da coisa julgada, na exata dicção do art. 467 do CPC). Nesse sentido, não há dúvida de que a coisa julgada, assim considerada "a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença" (CPC, art. 467), tem âmbito subjetivo restrito "às partes entre as quais é dada" (art. 472 do CPC, primeira parte). Isso, todavia, não significa que os efeitos da sentença também estejam assim circunscritos. Pelo contrário: como todo ato estatal, a sentença produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal. Há, a propósito do tema, estudo clássico de Enrico Tullio Liebman, sempre lembrado, em que afirma:

“[A] sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação processual a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação jurídica que em caso concreto foi submetida a exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto. O juiz, que na plenitude de seus poderes e com todas as garantias outorgadas pela lei, cumpre sua função, declarando, resolvendo ou modificando uma relação jurídica, exerce essa atividade (e não é possível pensar diversamente) para um escopo que outra coisa não é senão a rigorosa e imparcial aplicação e atuação da lei; e não se compreenderia como esse resultado todo objetivo e de interesse geral pudesse ser válido e eficaz só para determinados destinatários e limitado a eles” (ENRICO TULLIO LIEBMAN. Eficácia e autoridade da sentença. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 123).

A eficácia universal do julgado, assim estabelecida, é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas fica realçada pela superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça.

Isso não significa, é certo, que os terceiros prejudicados estejam inibidos de, em ação própria, deduzir em juízo pretensões que entendam legítimas. O direito de ação, em casos tais, além de garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição, decorre do próprio artigo 472 do CPC. No estudo já citado Liebman deixou isso expresso:

"[D]iversamente do que ocorre com as partes, para quem a própria sentença adquire a coisa julgada e seus efeitos se tornam imutáveis, para os terceiros a sentença é eficaz, mas - não ficando coberta pelo julgado - é discutível a qualquer tempo. O terceiro, desde que tenha interesse, pode, em qualquer circunstância e em qualquer novo juízo, demonstrar que a sentença está errada e não lhe pode ser oposta. (...) Por isso os terceiros, embora sujeitos à eficácia da sentença, podem opor-lhe razões de fato e de direito que demonstrem a sua contrariedade à justiça. Nem por isso podem os terceiros,

é claro, modificar ou anular a sentença, mas podem torná-la inaplicável, paralisando a sua eficácia no que lhe diz respeito" (op. cit., p. 289).

É nesse sentido também a doutrina pátria, fundada no sistema que entre nós disciplina a eficácia subjetiva da sentença e da coisa julgada, notadamente no art. 472 do CPC:

"Verifica-se, portanto [do art. 472], que o julgamento apenas entre as partes é imutável. Disto não se deduz, porém, que não deva produzir efeitos em relação a terceiros. Todo julgamento tem eficácia natural e imperativa, que resulta de sua qualidade de ato estatal. (...) Donde deve concluir-se que o julgamento final, como ato de órgão do Estado, tem eficácia erga omnes; mas seus efeitos somente são imutáveis entre as inter partes, pelo que o terceiro, que tenha interesse jurídico, poderá impugnar os efeitos do julgamento, demonstrando estar ele em desacordo com o direito objetivo" (MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, 3º volume, 9ª ed., SP: Saraiva, 1987, p. 243).

"A sentença, do mesmo modo que todo ato jurídico - diz Chiovenda - existe e vale em relação a todos (...). Mas afirmar que a sentença, e, pois, a coisa julgada, vale em relação a terceiros, não quer dizer que possa prejudicar terceiros. Apenas quer dizer que terceiros não podem desconhecê-la, não que por ela podem ser prejudicados" (AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º volume, 21ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 75/76)

"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros'. Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. 'Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos' [Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. I, nº 133, p. 414]. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi preferida a decisão trãnsita em julgado (...) Assim, um estranho pode rebelar-se contra aquilo que foi julgado entre as partes e que se acha sob a autoridade da coisa julgada, em outro processo, desde que tenha sofrido prejuízo jurídico" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 51ª ed., RJ: Forense, 2.010, p. 557)

Quanto à eficácia temporal, a decisão embargada, como toda sentença de efeitos

prospectivos, deve ser compreendida com implícita cláusula *rebus sic stantibus*: sua eficácia supõe a manutenção do estado de fato e de direito tomados como pressupostos do julgamento. Essa observação é particularmente significativa para o caso, uma vez que, como salientado, a sentença definiu vários aspectos importantes do regime jurídico da terra indígena demarcada. Ora, não há regime jurídico imutável. Nem mesmo o regime constitucional o é. É certo, portanto, que a decisão embargada não pode inibir futura atuação do legislador, seja no plano constitucional, seja no exercício da edição da lei complementar ou da ordinária (como as que se refere o § 6º do art. 231 da CF). Nesse sentido, sem prejuízo, obviamente, do controle jurisdicional da sua legitimidade, eventuais disposições normativas futuras, legitimamente editadas, hão de ser observadas para todos os efeitos, inclusive no que se refere às “condicionantes” de que trata a decisão embargada. Da mesma forma, não fica inibida futura atuação do próprio Poder Judiciário, no âmbito jurisdicional, para promover, como prevê o art. 471, I do CPC, revisão ou complementação dos termos dessas “condicionantes”, para compatibilizá-las com supervenientes modificações futuras no estado de fato ou de direito.

Enfatizo que essas observações nada mais representam do que a explicitação de decorrências próprias do sistema normativo processual, em nada comprometendo ou alterando os termos do acórdão embargado. Acompanho, assim, o voto do Ministro relator. É o voto.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhor Presidente, não tenho nenhuma divergência substancial em relação ao que diz o eminente Ministro Teori Zavascki.

O acórdão, rigorosamente, faz coisa julgada a propósito de duas coisas: a Portaria do Ministério da Justiça, que fez a demarcação, e o Decreto presidencial, que a homologou, são válidos. Penso que isso, fora de dúvida, faz coisa julgada. Ademais, acho que faz coisa julgada a caracterização desta terra como terra indígena para as consequências constitucionais, inclusive no tocante à indenização ou benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. Essas duas questões inequivocamente fazem coisa julgada.

Agora, concordo com o Ministro Teori em que, se houver uma substancial mudança de fato no mundo, ou se houver uma substancial mudança na disciplina constitucional da matéria, é possível que eventualmente haja algum impacto. Estou de acordo. Mas acho que qualquer coisa julgada no mundo está sujeita a esse tipo de modificação – pode cair um meteorito na região...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Mas é para isso que os parlamentos são eleitos a cada quatro, cinco anos, para examinar eventuais mudanças sociais, políticas, econômicas.

VOTO

(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO) (EMBARGOS OPOSTOS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, no quadro ao qual objetiva, a decisão faz coisa julgada em relação ao pedido principal, e, no meu modo de ver, há os efeitos acessórios dessa decisão, porque, não fossem essas condicionantes, talvez até se inutilizaria o resultado do processo. Quer dizer, se não houvesse essa aplicação das condicionantes, que, na verdade, são efeitos acessórios até contidos no pedido principal, não teria a menor relevância a procedência, em parte, do pedido.

Agora, se houver uma modificação tal como se prevê, aí não se estará falando de coisa julgada, porque, para se falar de coisa julgada, é preciso que haja uma tríplice identidade: é preciso que sejam os bens sujeitos; é preciso que seja o mesmo pedido e a mesma **causa petendi**. Ora, se isso tudo for transformado, a **causa petendi**, por exemplo, ela é composta por fatos, e, se os fatos são novos, não é a mesma **causa petendi**, não estaremos falando de coisa julgada. Essa coisa julgada, ela se mantém tal como ela está hoje assentada: essa terra foi demarcada, com essas condições e com esses efeitos acessórios, que inclusive estão previstos na própria Constituição. Por exemplo, diz a Lei de Locações: Extinta a locação, automaticamente estará extinta a sua locação; extinto o casamento, automaticamente será extinto o regime matrimonial de bens.

Diz a Constituição:

"Art. 231 ...

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras (...) - dessas que aqui foram demarcadas.

De sorte que, realmente, se houver uma modificação do estado fático, estaremos diante de outra ação, de outro pedido, e não haverá nenhuma interferência na coisa julgada. Até porque pedi a palavra, pela ordem, e, pela ordem, peço licença à Ministra Rosa para já adiantar que acompanho o voto do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, evidentemente já há convencimento da maioria sobre a matéria, mas começo subscrevendo as preocupações do ministro Teori Zavascki. Nós não julgamos mandado de injunção e, mesmo assim, quando o fazemos, fixamos as condições para o exercício do direito assegurado constitucionalmente, compondo o pronunciamento uma condição resolutiva, que é a revelada por lei superveniente disciplinando a matéria. A decisão, então, perde eficácia em termos de regulamentação.

Vou me restringir, quanto aos embargos do Ministério Público, à questão estritamente instrumental. Ressalto, de início, que as condicionantes contidas na parte dispositiva do pronunciamento do Tribunal encerram normas abstratas autônomas. Sabemos que a ação popular não é uma ação de mão dupla, como a possessória, por exemplo. O que se pleiteou na inicial desta ação – e digo que o autor, talvez, tenha vindo à ultima trincheira da cidadania buscar lã e acabou tosqueado? Unicamente a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, em que definidos os limites da terra indígena Raposa Serra do Sol – sustentando que, em síntese, o ato derivou de procedimento de demarcação viciado e ofensivo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

Fiquei a imaginar-me, atuando no campo extraordinário, julgando recurso extraordinário, em que as condições tivessem sido fixadas por órgão do Judiciário. Diria que o Tribunal, presumido o que normalmente ocorre, partiria para a glosa. Mas o Supremo não pode, atuando originariamente – e isso restou proclamado na decisão proferida e ora

embargada —, abandonar, com a devida vênia daqueles que entendem de forma diversa, o arcabouço normativo regedor da matéria. E, em vez de julgar simplesmente improcedente o pedido de declaração de nulidade,

partir para a fixação de normas que não foram discutidas no processo.

Digo que o Executivo nacional está aguardando o julgamento desses embargos declaratórios para ter diretriz quanto a outras situações conflituosas envolvendo povos indígenas e que tomará de empréstimo porque, repito, as condicionantes ou as salva-guardas institucionais criadas são abrangentes, abstratas — o que for proclamado pelo Tribunal. E fomos muito criativos. Quem sabe talvez o Congresso não o fosse, isso na estipulação do que deve ser observado em termos do gênero terras indígenas, não apenas quanto à Raposa Serra do Sol, à reserva que revista de grande circulação, após o afastamento dos cidadãos em geral, apontou refiro-me à *Veja*, não me lembro o número — como a reserva da miséria.

Não tenho, Presidente, sob pena de colocar em segundo plano a ordem jurídica, como deixar de agasalhar o que assentado pelo Ministério Público. Não concebo o Supremo atuando de forma tão larga, tão linear, como legislador positivo. Sempre soube que a atuação possível é como legislador negativo e não positivo. Mas acabou, no lançamento das salvaguardas, na parte dispositiva do acórdão, como se isso implicasse a procedência do pedido inicial, estivesse compreendido no pedido inicial, por introduzir, no cenário normativo, normas que somente poderiam vir à balha mediante a atuação dos deputados federais e dos senadores da República. Substituiu-se o Supremo — e devo dizer com desassombro — ao Congresso Nacional, atuando no vácuo por ele deixado, e o fez abandonando a postura que se aguarda do Judiciário, principalmente diante de lide que tem balizas certas, já que, até mesmo no processo objetivo, o Tribunal está submetido ao pedido formulado pelo requerente. Presidente, longe de mim buscar a prevalência do voto vencido que proferi pela procedência total do pedido veiculado na ação popular. Um voto que, inclusive, como deixei registrado para histórico da própria Corte, para ficar nos anais da Corte, acabei proferindo quando o imaginei inicialmente como o terceiro voto e acabou sendo o nono, porque o Presidente, à época, em vez de proclamar o pedido de vista, suspendeu a Sessão para o lanche e, no retorno, os colegas, mesmo diante do pedido de vista, anteciparam o convencimento. Houve, inclusive, um colega que queria que a Corte proclamasse o resultado do julgamento sem o meu voto. Então lembrei a ele que ainda havia um Colegiado e que essa proclamação seria impossível.

Mas se apreciarmos, com a equidistância que se imagina tenha o juiz, o que fixado em termos de salvaguardas, colocando em segundo plano as balizas da lide, concluiremos – daí ter subscrito as preocupações do ministro Teori Zavaski – que, realmente, foram criadas condições não apenas para essa situação concreta de "Raposa Serra do Sol", mas que se irradiam a outras áreas, já que o tratamento deve ser, pela própria Carta da República, igualitário.

Acolho, Presidente, com eficácia modificativa substancial, para afastar, portanto, as salvaguardas, que, para mim, são normas abstratas autônomas, ao todo, dezenove salvaguardas – chegou-se ao ponto de disciplinar questão tributária, questão de usufruto, questão de atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, questões não colocadas, como disse, no processo –, os embargos interpostos para afastar essas salvaguardas e concluir, pura e simplesmente, porque não houve procedência parcial, já que não compreendo, no pedido do autor, as questões decididas, e o meu voto no sentido da procedência ficou isolado pela improcedência do pedido.

É como voto.

VOTO SOBRE OS SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, a essa altura, a gente tem enorme dificuldade de reconstituir todas as questões que foram postas nesse já longínquo julgamento de 2009; isso mostra também um pouco a nossa disfuncionalidade em termos de atuação do Plenário, uma vez que estamos discutindo somente agora, em 2013, essa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E prolação de uma decisão, sem dúvida alguma, constitutiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro, o Ministro Teori chama a

atenção para um tema que é extremamente importante e que tem ocupado a própria doutrina processual, a partir das próprias lições clássicas de Liebman, sobre a submissão da coisa julgada à Cláusula *rebus sic stantibus*. Mas, de qualquer forma, o eminente Ministro Roberto Barroso já precisou que essas condições deveriam estar e ser observadas. De modo que eu também não vejo aqui contradição substancial entre as duas posições elencadas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, ministro Gilmar Mendes? Inicialmente, o relator apontou que as salvaguardas somente seriam – a não ser que tenha ouvido mal – aplicáveis a essa reserva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas, na verdade, o Relator também ressalta que isto funciona como precedente para efeito de orientação geral, isto está claro. Agora – ele dizia condizente com a nossa doutrina e a nossa jurisprudência –, é que essa decisão não é dotada de efeito vinculante, tanto é que citou precedentes nos quais nós já indeferimos reclamações, mas é uma orientação que demanda do Tribunal.

De qualquer forma, eu gostaria de lembrar que essas questões todas, por exemplo, hoje a memória já está um tanto quanto prejudicada em relação às questões que se colocaram, mas, à época, quando essa questão chegou ao Tribunal, se dizia até que tinha que se pedir licença ou tinha que fazer tratado com as tribos indígenas para assentar bases militares – portanto, essas questões todas foram devidamente contempladas – ou para passar uma estrada, ou realizar uma obra pública. Portanto, a rigor, não são respostas dadas no vazio, mas a partir das situações que se colocaram neste caso.

O debate foi muito intenso a propósito da chamada demarcação em ilha, ou demarcação de forma alongada, a colocação de distritos dentro desta demarcação, mais ampla, que provocou tanta discussão. Vossa Excelência, mesmo, Ministro Marco Aurélio, sustentou, e depois veio, inclusive, este resultado, que é altamente constrangedor, quer dizer, a exclusão da área de atividade econômica, que empregava parte da população indígena, e que levou depois aos resultados que nós conhecemos.

Eu me lembro dessa reportagem e de outras que mostravam que muitos desses...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Todos aculturados, migraram para a capital para mendigar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Ou mostraram parte desses índios, hoje, vivendo nos lixões de Boa Vista, tendo em vista a desativação da atividade econômica, o que faz parte do aprendizado em que sugere a necessidade talvez de revisão de regime. E, aí, sim, entra o legislador para permitir parcerias. É esse sentido que eu entendo a observação do Ministro Teori. É no sentido de que esse modelo, esse regime, esse estatuto é passível de atualização no tempo, tendo em vista as mudanças que inevitavelmente já ocorreram, e ocorrem.

Agora, essas questões todas que foram tratadas, muitas delas, claro, promanam efeitos, em função da jurisprudência, para outras situações, de qualquer forma, essas questões estavam postas no caso. Por exemplo, o Estado de Roraima suscitava que não só neste caso, mas, em relação às demais demarcações de terra, ele estava ficando desprovido de base territorial, sem que participasse do processo de demarcação. Então, se chamou a atenção para a necessidade de que a unidade federada... ora, o texto constitucional consagra como cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E foi tomado como um assistente simples. Onde está o conflito federativo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois, é. Mas veja,

essa questão veio: era importante que, tendo em vista inclusive que o princípio federativo compõe a Constituição como cláusula pétrea, que o estado-membro participasse do processo demarcatório. Nesta própria demarcação, retirava-se base territorial de municípios, sem que houvesse nenhuma participação do município. Então, chamava-se a atenção para a necessidade de que se observasse.

E por isso, inclusive, no debate, no Plenário, o Ministro Barroso já respondeu bem quando falou da questão da legislação negativa e legislação positiva, no âmbito dos tribunais. E disse que, já há muito, não se pode falar que a resposta há de ser apenas no sentido de um juízo cassatório, muitas vezes é inevitável buscar uma outra solução.

Aqui, o Tribunal debateu isso de forma bastante clara, para dizer, inclusive, que estava julgando parcialmente procedente a ação para estabelecer, inclusive, essas condições. Vossa Excelência se lembra, não é, Ministro Celso de Mello, que nós discutimos isso, tendo em vista a necessidade de que essas condições compusessem a coisa julgada. Então, houve consciência em relação a esse debate.

Só gostaria de deixar claro que a própria referência que Kelsen faz a propósito deste chamado legislador negativo tinha, na sua origem, não apenas um referencial histórico, que é claro. Evidente que, naquele momento, dominava o modelo de direitos fundamentais e de relações com o Estado de caráter negativo, logo, a intervenção judicial seria basicamente de caráter cassatório. Era o modelo do chamado *status negativus*, era o que era o modelo dominante na relação entre o indivíduo e o Estado. Mas Kelsen também partia de uma premissa filosófica, tanto é que, em princípio, ele dizia: "Não pode haver uma declaração de nulidade da lei inconstitucional, a lei terá que ser apenas anulada". E a Corte constitucional austríaca, que é por ele inspirada e desenvolvida, ela, só em casos excepcionais, aceita a eficácia assim chamada retroativa. Dizia Kelsen que isso era um absurdo, porque declarar a nulidade de uma lei era mandar alguém fazer algo ontem. Então, dizia ele, isso é impossível com as próprias premissas do sistema.

Então, a rigor, essa imagem diz com o seu próprio modelo ou sistema, mas diz também com a sua historicidade. Claro que, depois, com a própria evolução que tivemos em matéria de omissão inconstitucional, passamos a ter necessidade de dar outras respostas. E aqui ficou evidente, porque o Tribunal, a partir das questões que se colocavam, deu respostas para as várias questões, como essa: saber se era possível ou não instalar quartel ou se precisava de licença da comunidade para instalar quartel nas áreas indígenas, ou para passar uma estrada, ou para realizar uma obra pública, ou uma obra de comunicação, que muitas vezes levava benefício para a própria comunidade.

Então, essas questões estavam postas. E, nesse sentido, vou pedir vênias ao Ministro Marco Aurélio para assentar que o Tribunal discutiu essas condições, claro que olhando

também para o futuro, o desenvolvimento, mas tendo em vista as questões concretas que se colocaram neste caso, daí o juízo inclusive de procedência parcial.

Tendo feito essas considerações, Presidente, eu gostaria também de agregar o meu voto, a minha manifestação, e cumprimentar a manifestação cuidadosa e bem elaborada do Ministro Barroso.

V O T O

(S/ SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, eu quero fazer uma rapidíssima intervenção também, porque acabei não sendo ouvido, pelo fato de os demais Ministros exercerem o seu direito regimental de se manifestarem.

Mas eu queria assentar que o Ministro Barroso, em boa hora, afasta essa expressão "condições", dizendo que, na verdade - e leio trecho aqui, páginas 32 e seguintes do voto do Ministro Relator, que diz que não são propriamente condições, mas a maioria dos Ministros, na verdade, explicitou os pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida da terra indígena.

E mais ainda, disse o eminente Relator, a meu ver, com bastante propriedade, que a Corte, por sua maioria, entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à terra indígena.

Então, o que nós fizemos aqui, e eu me recordo bem, apesar do tempo que já se passou desde aquele julgamento, que, a rigor, nós não estabelecemos condições, nós não legislamos em abstrato, mas nós simplesmente assentamos o regime jurídico que deve reger as terras indígenas, e que era necessário, naquele momento, explicitar para pormos fim a um conflito social e fundiário que objetivamente posto à Corte.

Eu também queria me reportar e dizer que fui honrado com a menção a uma Reclamação da qual fui Relator, a 15.668, em que eu assento que, na verdade, quando nós

julgamos aquela ação popular, em nenhum momento, nós tomamos a decisão com efeito vinculante, que é próprio das decisões de natureza abstrata, mas simplesmente nós enunciamos uma decisão com efeitos *erga omnes*.

Não obstante isso, consta do meu voto, e Sua Excelência o Relator também traz à colação um trecho da manifestação do Ministro Cezar Peluso, dizendo que: não obstante aquele julgamento não tenha efeito vinculante, mas, sim, *erga omnes* - e há uma distinção muito clara que os teóricos conhecem muito bem -, o Ministro Cezar Peluso disse que, naquele momento, a Corte estava, na verdade, enunciando um voto ou manifestando um pronunciamento que era um verdadeiro *leading case*, um caso padrão que traçava diretrizes não apenas para a solução concreta que se estava examinando, mas para a disciplina de todas as ações futuras. E até o Ministro Cezar Peluso dizia que, num certo sentido, poderia nortear a solução até de questões pretéritas já colocadas à cerca do tema.

Então, com essas ponderações, Senhor Presidente, eu quero dizer que também não vejo nenhum conflito fundamental básico entre as posições do Ministro Teori e do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, porque, claro, todas as decisões judiciais e os contratos, de modo geral, se baseiam na cláusula *rebus sic stantibus*. Se as condições se alterarem fundamentalmente, este vínculo jurídico, seja de natureza judicial, seja de natureza contratual, não pode mais subsistir.

Acompanho o Relator, portanto, Senhor Presidente.

VOTO

(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO) (EMBARGOS OPOSTOS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, faço questão de registrar, inicialmente, a profundidade e clareza, não só do voto do eminente Relator, mas da exposição que fez aqui, neste Plenário. Sabe-se que não é fácil sintetizar de uma forma - talvez, porque tenha ocupado tanto tempo a tribuna - e expressar o pensamento. Então, faço esse registro primeiro.

Senhor Presidente, em um segundo momento, registro que estamos - todos sabemos - em sede de embargos de declaração. E tenho uma posição restritiva quando da análise de embargos de declaração. Claro que as visões, os olhares e as compreensões, são diferentes, cada um de nós com a sua circunstância - já dizia Ortega y Gasset - e, sequer, a decisão foi unânime, foi majoritária. Vossa Excelência emitiu um juízo de improcedência da ação; o eminente Ministro Marco Aurélio um juízo de procedência, inclusive, declarando a própria nulidade, pelo que compreendi do voto de Sua Excelência; e a maioria se formou no sentido de um juízo de procedência parcial.

Eu não participei do julgamento. Se o eminente Ministro Gilmar, que participou, manifestou dificuldade até de reconstituir as condições em que ele foi efetuado, com todas as particularidades e peculiaridades que foram trazidas à época - os próprios embargos já demonstram a quantidade de questões que foram ventiladas -, então, eu não teria como, em embargos de declaração, chegar a uma conclusão diferente daquela a que chegou o eminente Relator.

Também registro, especificamente com relação às ponderações sempre tão profundas, tão bem colocadas pelo eminente Ministro Teori, que não vejo conflito no que foi dito, tanto que acompanhou o Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite? Quero dizer que comecei o meu voto dizendo que não há esse conflito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu concordei integralmente com o Ministro Barroso. Apenas fiz algumas ponderações que, na verdade, são complementares, especialmente no que se referem aos efeitos prospectivos dessa decisão, que, na verdade, agora ficou salientado no debate, veio estabelecer um regime jurídico com efeito prospectivo em relação a uma reserva indígena de grande dimensão.

VOTO

(s/ sextos embargos de declaração) (EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênias, Senhor Presidente, **para acompanhar** o eminente Relator, cujo voto **examinou**, *com absoluta clareza e total precisão*, **os diversos** aspectos que foram suscitados **nos vários** embargos de declaração opostos à decisão plenária, **explicitando**, *inclusive*, algumas passagens dela constantes, **o que se tornou importante** para efeito de *clarificação* do próprio alcance **da parte dispositiva** do acórdão em questão.

É o meu voto.

CONTINUAÇÃO DE VOTO

(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

(EMBARGOS OPOSTOS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, posso concluir o meu voto?

Concedi um aparte ao Ministro Teori, e foi excelente, porque Sua Excelência disse exatamente o que eu ia dizer, portanto, concluo o meu voto. Na minha compreensão, os fundamentos trazidos pelo Ministro Teori, na sua explicitação quanto à eficácia subjetiva e à eficácia temporal da decisão, na verdade, complementam - na minha compreensão, repito - todos os fundamentos adotados pelo eminente Relator.

Por isso, endosso a fundamentação de ambos. Acompanho o que foi decidido com relação ao acolhimento dos embargos, nos termos propostos por Suas Excelências.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

(S/ SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO) (EMBARGOS OPOSTOS PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu peço vênua ao eminente Relator e aos que o acompanham para acolher os embargos com efeitos infringentes, tal como fez o Ministro Marco Aurélio, por entender que, realmente, o Tribunal extrapolou, o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador.

Por essas razões, eu acolho parcialmente os embargos para expungir da decisão as dezenove condicionantes que foram acrescentadas.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) – Senhor Presidente, eu gostaria só de fazer uma brevíssima observação. Eu li o voto de Vossa Excelência, como li o voto do Ministro Marco Aurélio. Acho que Sua Excelência, o Ministro Marco Aurélio, vocalizou com grande empenho, num voto analítico, uma posição que era importante, que vicejava na sociedade brasileira. Teria sido ruim se essa posição não tivesse sido vocalizada por alguém no Tribunal. Embora não corresponda ao meu ponto de vista, ela foi sustentada com grande proficiência, como tudo o que o Ministro Marco Aurélio faz.

Agora, eu gostaria de fazer uma defesa do acórdão, do ponto de vista do interesse das comunidades indígenas, que é a minha constatação, depois de ter lido os votos – em particular, os votos do Ministro Carlos Ayres Britto e o do Ministro Carlos Alberto Direito, que merecem ambos a minha reverência pelo trabalho que fizeram, o voto do Ministro Gilmar, o voto do Ministro Celso... A minha constatação é que, se o Tribunal não tivesse feito do modo como fez – se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte –, a execução

do julgado não teria sido concretizada. Então, eu acho que o Tribunal foi ousado e que esta é uma decisão atípica. Como um padrão, não creio que seja o melhor e, portanto, não acho que o Tribunal deva fazer isso rotineiramente. Mas, neste caso, não se decidiu só a questão pontual, mas se definiu o sistema: nós vamos executar e o modo de executar é esse, está aqui o pacote. Portanto, eu reconheço, na linha do que falaram o Ministro Marco Aurélio e Vossa Excelência, que houve uma atuação um tanto atípica, talvez uma sentença quase aditiva.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - O

Ministro Marco Aurélio disse que um pouco criativa, uma atuação um pouco criativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Atuamos como se estivéssemos julgando, na Justiça do Trabalho, um dissídio coletivo de natureza econômica: criando normas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite só uma observação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Claro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministro Celso lembrava há pouco que, quando dessa discussão, e de fato os fatos vão se perdendo diante da distância no tempo, mas lembrava de um pronunciamento do General Heleno - todos devem se lembrar -, em que ele disse da necessidade que se impunha ao exército de ter licença para entrar no âmbito territorial de determinadas comunidades.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, o Exército não precisou recorrer ao Supremo!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas o quadro de conflito estava estruturado; o Ministro Barroso acaba de mencionar: nós tínhamos queima de pontes, episódios vários ligados com a dificuldade de execução. Portanto, as questões que foram tratadas, nessas condições estabelecidas, a rigor, foram suscitadas nesse contexto, nesse processo, e, claro, irradia para os demais processos.

Não é demais recordar que este Tribunal já tinha anteriormente se pronunciado sobre a necessidade do contraditório e da ampla defesa no contexto da demarcação, porque antes disso não era previsto, até que veio o célebre caso da impetração, acho que ligado a uma dada fazenda no Mato Grosso do Sul, em que o Tribunal, seguindo a jurisprudência que já

se acentuava de que, em qualquer procedimento administrativo, era de observar o devido processo legal e o contraditório; impunha-se então essa revisão. E, aí, então houve um pedido de vista, e, enquanto não se retomava o julgamento, o próprio governo, sabedor de que haveria a revisão da jurisprudência do Tribunal, com risco de anulação de tudo o que fora feito antes, ao contrário do que se dizia, a cláusula do contraditório e da ampla defesa, que foi estabelecido em decreto, veio para inclusive proteger - como Vossa Excelência está dizendo também - as demarcações já realizadas, para evitar que houvesse a possibilidade de anulação. Esse foi o primeiro passo: foi a questão do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista o que está estabelecido no texto constitucional.

Por isso que é importante, realmente, o que Vossa Excelência está ressaltando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Obrigado pelo aparte.

O que eu queria concluir, em defesa do Tribunal e do meu estudo do processo, é que

não teria acontecido, com a presteza e a eficiência que aconteceu, se o Tribunal não tivesse ousado, indo um pouco além do convencional, ao estabelecer essas salvaguardas. Via de regra, eu me alinho a uma visão mais crítica do excesso de normatização abstrata feita pelo Tribunal. Mas, neste caso, eu acho que hoje nós não estaríamos celebrando uma execução bem sucedida de um caso difícil, sem que o Tribunal tivesse sido mais ousado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Veja, Ministro Barroso, eu, nos últimos meses, recebi, por mais de uma vez, os representantes dos dois lados nesse conflito, e, em razão disso, estou informado de que, talvez, algumas dessas condicionantes sejam até do agrado dos representantes das comunidades indígenas. Apenas, eu externei o meu ponto de vista quanto à restrição, o aspecto restrito, limitado do que foi postulado, aqui, perante o Tribunal.

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388

PROCED. : RORAIMA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

EMBTE.(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO ADV.(A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS EMBTE.(S) : LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO(A/S) ADV.(A/S) : LUIZ VALDEMAR ALBRECHT

EMBTE.(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI ADV.(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS

EMBTE.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES EMBTE.(S) : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA EMBTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA EMBTE.(S) : AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS ADV.(A/S) : CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI EMBDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO EMBDO.(A/S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO ADV.(A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Decisão: Retirado de mesa em face da aposentadoria do Relator.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração opostos por **Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior**. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Também por unanimidade, desproveu os embargos de declaração opostos por **Lawrence Manly Harte** e outros, pelo **Estado de Roraima** e pelo Senador **Augusto Affonso Botelho Neto**. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Quanto aos embargos opostos pelo Senador **Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti**, em que ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que os acolhia em maior extensão; quanto aos embargos opostos pela **Procuradoria-Geral da República**, em que ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que os acolhiam com efeitos modificativos, e quanto aos embargos opostos pelas **Comunidades Indígenas**, o Tribunal os acolheu parcialmente, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer que: **a)** a decisão proferida na PET 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas; **b)** com o trânsito em julgado do acórdão proferido na PET 3.388/RR, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidas a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.4.2005, que demarcaram a área, observadas as condições indicadas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição, importa em nela não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º); **c)** o usufruto dos índios não lhes confere o direito exclusivo de explorar recursos minerais nas terras indígenas. Para fazê-lo, quais pessoas devem contar com autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode confundir a mineração, como atividade econômica, com as formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de

determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da Constituição. Tudo nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso. Quanto à votação dos embargos opostos pelas Comunidades Indígenas, ausentes os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Marco Aurélio. Presidiu e votou o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). O Tribunal, por unanimidade, resolveu as questões de ordem suscitadas pelo Relator para: **a)** declarar encerrada a supervisão judicial sobre os atos relacionados ao cumprimento da Portaria/MJ nº 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.4.2005; e **b)** declarar exaurida a eficácia do acórdão proferido na RCL 3.331/RR, pondo fim à presunção absoluta de competência desta Corte para as causas que versem sobre a referida Terra Indígena, sem prejuízo da possibilidade de que, em cada situação concreta, os interessados demonstrem ser esse o caso. Votou o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice- Presidente). Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Marco Aurélio. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar do Programa del VI Observatorio Judicial Electoral e do Congreso Internacional de Derecho Electoral, promovidos pela Comissão de Veneza, na Cidade do México. Plenário, 23.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do
Plenário

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 856 BAHIA
--

REGISTRADO : **MINISTRO PRESIDENTE**

REQTE.(S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA
BAHIA REQDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª
REGIÃO ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA
REPÚBLICA INTDO.(A/S) : CONCESSIONÁRIA BAHIA NORTE
S/A

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS
HÍDRICOS - INEMA

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Data da Decisão : 01/03/2017

DECISÃO

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO DE OBRA. EXISTÊNCIA DE QUILOMBOLA NA REGIÃO. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA AOS ARTS. 216, 225 E 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ART. 68 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. INCOMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO NÃO CONHECIDO. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

Relatório

Suspensão de tutela antecipada ajuizada pela Bahia contra decisão do Relator do

Agravo de Instrumento n. 0042034-57.2016.4.01.3300 no Tribunal Regional Federal da Primeira Região pela qual se deferiu a tutela antecipada requerida pelo Ministério Público na Ação Civil Pública n. 42034-57.2016.4.01.3300 para “*determinar a paralisação imediata da execução das obras de implantação da nova Rodovia BA-099 (...) até a conclusão do processo de regularização fundiária da comunidade remanescente de quilombo do Quingoma*”.

O caso

O Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n. 42034-57.2016.4.01.3300 contra a Bahia, a Concessionária Bahia Norte S/A e o Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Inema.

Informou que “*a ação teria por objeto a anulação e a suspensão do licenciamento ambiental concedido pelo INEMA para construção da Via Metropolitana Camaçari – Lauro de Freitas (VMCLF) nova Rodovia BA -099*”.

Relatou existir na região de Lauro de Freitas/BA a comunidade quilombola denominada Quingoma, já reconhecida pela Fundação Palmares cujo Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID ainda não teria sido concluído.

Ressaltou que “*os atos administrativos e normativos [referentes à construção da Via Metropolitana Camaçari – Lauro de Freitas] até agora praticados s[eriam] nulos de pleno direito tendo em vista que dispensaram a consulta prévia aos povos quilombolas moradores na localidade afetada pela implantação da via bem como em razão da ausência de manifestação cogente da Fundação Cultural de Palmares sobre o estudo ambiental, a qual deve ser prévia à concessão da licença de operação*”.

Argumentou que “*o processo de licenciamento ambiental da Rodovia BA – 099 ocorreu ao arrepio da disposição da Convenção n. 169 da OIT e da Instrução Normativa n. 184/2008, do IBAMA, haja vista que os empreendedores furtaram de realizar etapas imprescindíveis desse procedimento*”.

Alegou que todas as consultas realizadas teriam se dado em momento posterior ao início das obras.

Requeru fosse suspensa a “*continuação dos atos de execução da implantação da Via Metropolitana Camaçari-Lauro de Freitas (VMCLF) na área ocupada pelo Quilombo Quingoma enquanto não concluído o processo de demarcação do território da comunidade tradicional ou no menos, a elaboração do mencionado RTID, bem como até a realização das etapas para regular procedimento de licenciamento ambiental, relativa à manifestação do órgão interveniente (FCP) e da consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais de Quingoma de Dentro*”.

Em 2.12.2016, o juízo da 19ª Vara Federal da Bahia indeferiu a antecipação de tutela e contra essa decisão o Ministério Público Federal interpôs agravo.

Em 21.2.2017, o Relator do Agravo de Instrumento n. 0006021- 31.2017.4.01.0000 deferiu o pedido de tutela antecipada para “*determinar a paralisação imediata da execução das obras de implantação da nova Rodovia BA- 099 e, conseqüentemente, qualquer ato visando o empreendimento até a conclusão do processo de regularização fundiária da comunidade remanescente de quilombo do Quingoma, bem assim até o cumprimento das etapas cogentes do licenciamento ambiental do empreendimento relativas à manifestação do estudo de impacto ambiental pelo órgão interveniente (Fundação Cultural Palmares) e a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais do Quingoma de Dentro, nos termos preconizados, respectivamente, no art. 21 da Instrução normativa n.º 184, do IBAMA e da Convenção n.º 169 da OIT*”.

Contra essa decisão Bahia ajuíza a presente suspensão de tutela antecipada.

Anota haver matéria constitucional a justificar a competência deste Supremo Tribunal para conhecer do pedido, “*pois a decisão que ora se pretende suspender envolve apreciação de matéria constitucional, eis que implica análise dos arts. 216, 225, caput e § 1º, IV, 231 e do artigo 68 do ADCT, todos da Constituição Federal*”.

Argumenta que “*a manutenção da suspensão da obra em questão (BA- 099) não possui[ria] nenhum fundamento legal e, à toda evidência, não prejudica interesse dos direitos territoriais dos integrantes da comunidade de Quingoma*”.

Esclarece que “*a Concessionária Bahia Norte [teria] realiz[ado], então, reunião pública em 03/09/2014, com o intuito de apresentar o empreendimento para a comunidade de Quingoma e demais impactados (doc. 05)*”.

Alega que a “licença prévia (doc. 07), [teria sido] concedida somente em outubro de 2014 – ou seja, após a realização de consulta prévia da comunidade interessada (doc. 08)”.

Afirma ser “falacioso, data venia, o argumento unilateral trazido pelo Ministério Público – e acolhido pela r. decisão ora impugnada - de que não houve consulta prévia, livre e informada da população remanescente de quilombola afetada, nem participação da Fundação Cultural Palmares, como prevê a Convenção 169 da OIT e a IN 184/2008 do IBAMA”.

Salienta que “a decisão impugnada implica grave lesão à ordem econômica e social”, pois as obras já estariam 80% concluídas e que sua “paralisação (...) importaria em periculum in mora inverso e custo material do mais alto relevo”.

Informa que, “em apenas um mês, a soma do prejuízo chegaria aproximadamente a R\$15.828.125,00 (quinze milhões, oitocentos e vinte e oito mil, cento e vinte e cinco reais), e ao final de um ano de desmobilização, o prejuízo remontaria a cerca de R\$46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais)”

Pondera haver, ainda, problemas ambientais decorrentes da paralisação da obra.

Alega “lesão à ordem social, na medida em que a paralisação da obra prejudicará toda a população da região”, pois “a obra em comento irá melhorar a fluidez de tráfego para os sistemas da BA-099, BA-093 e BA-526, constituindo uma alternativa de ligação entre a Estrada do Coco e o Aeroporto de Salvador”.

Pede seja concedida a “suspensão da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0006021- 31.2017.4.01.0000/BA, tendo em vista que sua manutenção acarretará sérios prejuízos à ordem pública e financeira do Estado da Bahia, impedindo a conclusão de uma obra viária já praticamente concluída e de inegável interesse para a comunidade baiana”.

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

A possibilidade de suspensão, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, de execução de decisões concessivas de segurança, de liminar e de antecipação dos efeitos de tutela contra o Poder Público somente se admite quando presentes, simultaneamente, os

seguintes requisitos: *a*) as decisões a serem suspensas sejam proferidas em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais; *b*) tenham potencialidade para causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas; *c*) a controvérsia tenha índole constitucional (STA n. 729-AgR/SC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 23.6.2015; STA n. 152-AgR/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 11.4.2008 e SL n. 32-AgR/PE, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 30.4.2004).

No art. 25 da Lei n. 8.038/1990 se estabelece ser da competência do Presidente deste Supremo Tribunal a análise do pedido de suspensão de liminar quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional.

Nesse sentido, por exemplo:

“Diante da norma do art. 25, da Lei n. 8.038/1990, a competência para suspender a liminar concedida pelo relator do mandado de segurança, em Tribunal de Justiça, é do Presidente do Supremo Tribunal Federal, se o pedido tiver fundamentação constitucional, ou do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, se a fundamentação do pedido for de nível infraconstitucional” (SS n. 304- AgR/RS, Relator o Ministro Néri da Silveira, Plenário, DJ 19.12.1991).

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. EXISTÊNCIA DE TEMA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA, CONSIDERADA EM TERMOS DE ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. TETO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. 1. A determinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o exame de pedido de suspensão dá-se em face da existência, ou não, de tema de índole constitucional na causa principal, a ensejar, em tese, a futura interposição de recurso extraordinário. Precedentes. 2. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. 3. No presente caso, a imediata execução da decisão impugnada impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003. 4. Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à *potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas*. 5. *Precedentes do Plenário*. 6. *Agravo regimental improvido*” (SS n. 2.504-AgR/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 2.5.2008).

A decisão que se busca suspender, proferida pelo Relator do Agravo de Instrumento n. 0042034-57.2016.4.01.3300, está assim fundamentada:

“Com efeito, conforme consignado na própria decisão agravada, o licenciamento ambiental das obras descritas nos autos fora realizado sem a consulta prévia dos povos integrantes da comunidade quilombola indicada na inicial, em manifesta afronta às disposições do art. 6º, item 1 e 2, da mencionada Resolução OIT nº 169, que assim dispõem:

‘1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, 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;

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;

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.’

Vê-se, assim, que, na espécie, o referido licenciamento ambiental afigura-se manifestamente nulo, de pleno direito, à míngua de cumprimento das disposições em referência, às quais a decisão agravada não dispensou qualquer fundamentação.

Registre-se, por oportuno, que a mencionada Convenção OIT nº 169 tem aplicação à hipótese tratada nestes autos, nos termos do que dispõem o seu artigo 1º, e o art. 3º, incisos I e II do Decreto nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (...)

De ver-se, ainda, que a circunstância da referida comunidade ter sido posterior e supostamente consultada acerca da aludida obra não tem o condão de suprir a omissão apontada, na medida em que, conforme bem pontuou o douto Ministério Público Federal, “a promoção das audiências não tinha o escopo de fazer cumprir substancialmente os ditames da supracitada Convenção 169 da OIT, haja vista que não buscou discutir o projeto previamente para ponderar a viabilidade da implantação naquela localidade, bem como avaliar eventuais mudanças a serem consideradas antes de iniciar as obras. Assim, da forma procedida, os empreendedores negligenciaram o impacto social, cultural e ambiental a serem suportados pela Comunidade de Quingoma”.

A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal tem por objeto a validade de licenças concedidas pelo Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Inema à Bahia e à Concessionária Bahia Norte S/A para a construção da Via Metropolitana Camaçari – Lauro de Freitas sem a realização de audiências prévias com a comunidade quilombola Quingoma existente na região, conforme exige convenção da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, a questão posta no mandado de segurança objeto da presente suspensão limita-se à análise do preenchimento de requisitos da “*Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais*” da Organização Internacional do Trabalho – OIT, pelo que suposta ofensa aos arts. 216, 225 e 231 da Constituição da República e ao art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dar-se-ia apenas de forma reflexa.

Em situações nas quais a ofensa à constituição é indireta, a análise da suspensão pela Presidência deste Supremo Tribunal é inviável:

“SUSPENSÃO DE LIMINAR. GRATUIDADE DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO PARA USUÁRIOS IDOSOS, DOENTES E DEFICIENTES. APLICAÇÃO DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A causa em exame *versa sobre a gratuidade de transporte público com fundamento na Lei Orgânica do Município, cuja natureza infraconstitucional afasta a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de suspensão. II – Agravo regimental a que se nega provimento*”(SL n. 552-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 20.8.2015).

“EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Impugnação a liminar em suspensão do Decreto-Legislativo Municipal nº 01/2009, que prorrogou posse de prefeito. Questão infraconstitucional. Pedido não conhecido. Incompetência da Presidência do Supremo. Agravo regimental improvido. O Presidente do Supremo Tribunal Federal é incompetente para julgar incidente de suspensão que versa sobre questão infraconstitucional” (SS n. 4.133-AgR/PI, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 1º.6.2011).

Pelo exposto, não conheço do presente requerimento de suspensão, por ausência de

matéria constitucional, determinando a remessa dos autos à Presidência do Superior Tribunal de Justiça (**art. 21**, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 1º de março de 2017.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

Presidente

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.662

DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S) : AUREA CAROLINA DE FREITAS E SILVA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : NDRE BRANDAO
HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Data da Decisão : 25/10/2019

Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNTO *INTERNA CORPORIS*. SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Não é possível o controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, sendo vedado ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio Legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto *interna corporis*, sob pena de ostensivo desrespeito à Separação de Poderes, por intromissão política do Judiciário no Legislativo.

É pacífica a orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE no sentido de que, a proteção ao princípio fundamental inserido no art. 2º da CF/1988, segundo o qual, *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, afasta a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas questões de conflitos de interpretação, aplicação e alcance de normas meramente regimentais.

Recurso de agravo a que se nega provimento.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Trata-se de recurso de agravo interposto contra a decisão que negou seguimento ao Mandado de Segurança.

Alegam os agravantes, em síntese, que: (a) *“o processo legislativo foi rompido, não penas pelas alegadas inobservâncias do Regimento Interno, mas porque o trâmite dele deu-se pela inobservância de um tratado internacional ratificado pelo Brasil”*; (b) *o processo legislativo da Mensagem 208, de 2019 é passível de controle judicial (negado pela decisão recorrida) porque é levado à efeito com abuso e sem a observância dos requisitos previstos em tratado internacional.”*(doc. 31, fl. 2); (c) *“as provas da ilegalidade são: o impedimento do deputado federal presidente da Comissão (CREDN); a ausência de consulta prévia, livre, informada e de boa-fé às comunidades quilombolas, em ofensa flagrante à C169; a declaração anterior pela Câmara dos Deputados de inconstitucionalidade sem alteração do escorço fático ou jurídico e sem que as inconstitucionalidades tenham sido corrigidas; e o trâmite sem as informações essenciais ao pleno conhecimento da proposta legislativa (ref. a juntada posterior da essencial Orientação Operacional)“* (doc. 31, fl. 2/3); (d) *“a assinatura do Acordo e a tramitação da Mensagem 208 configuram flagrante violação à Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (C169), internalizada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004. Estes diplomas legais vigentes impõem a necessidade de consulta prévia, livre, informada e de boa-fé às comunidades quilombolas sempre que medidas legislativas ou administrativas afetem seus territórios e modos de vida (arts. 6º e 7º, C169)”* (doc. 31, fl. 3); e (e) *“verifica-se que não se pleiteou mera interpretação de norma regimental. Nem se trata, com o devido respeito, de matéria interna corporis a pretensão de ver um tratado internacional cumprido pela Câmara dos Deputados”* (doc. 31, fl. 4).

Pedem, ao final, o *“o conhecimento e processamento do presente recurso, nos termos regimentais, e o provimento do recurso de Agravo, reformando-se a decisão recorrida para que seja retomado o regular trâmite do mandado de segurança, com a concessão da medida*

liminar requerida e o posterior julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal” (doc. 31, fl. 4).

É o relatório.

V O T O

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): A decisão agravada tem o seguinte teor:

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Deputados Federais, contra ato praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Os impetrantes expõem, inicialmente, o seguinte contexto fático (doc. 1, fls. 2-3):

Através da Mensagem nº 208, de 2019, o Presidente da República submeteu ao Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso I, combinado com o art. 84, inciso VIII da Constituição Federal, o texto do Acordo Sobre Salvaguardas Tecnológicas (AST) entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (EUA), em relação à participação dos EUA em lançamentos a partir do Centro Espacial de Alcântara (CEA), assinado em Washington, em 18 de março de 2019.

O Acordo é composto por dez artigos bastante pormenorizados e, segundo a exposição de motivos assinada eletronicamente pelos Ministros de Estado das Relações Exteriores; da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação; bem como o da Defesa, o escopo do tratado é “contribuir para tornar comercialmente viável o Centro Espacial de Alcântara, no Maranhão, para lançamento de objetos espaciais”.

O texto estabelece que o acordo entrará em vigor, mediante troca de notas entre as partes, que confirmem que todos os procedimentos internos necessários foram respeitados; que o acordo poderá ser emendado por meio de acordo, por escrito, entre as partes; e que a denúncia poderá ser realizada mediante notificação escrita à outra parte, tendo efeito após um ano a partir da notificação. O tratado, no entanto, estabelece que:

As obrigações das Partes estabelecidas por este Acordo concernentes à segurança, à divulgação e ao uso de informações, bem como à restituição de

Veículos de Lançamento dos Estados Unidos da América (...) deverão continuar a ser aplicadas após a expiração deste Acordo.

A Mensagem 208, de 2019 é a repetição da Mensagem 296, de 2001, esta tendo sido retirada pelo Autor em 2015, em face de inúmeras inconstitucionalidades e incompatibilidades.

Após trâmite rápido e incomum na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados – CREDN, a proposição foi enviada ao Plenário com a solicitação de fixação de regime de urgência (Requerimento 2.239/2019).

Sustentam, em síntese, que “o acordo em trâmite acelerado na Câmara dos Deputados não poderia estar sendo apreciado pelo Poder Legislativo dada a ausência de prévia consulta às comunidades quilombolas que serão impactadas pelo texto”. Argumentam, para tanto, que “a assinatura do AST e sua tramitação configuram flagrante violação à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (C169), internalizada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004”. Dizem, mais, que esses diplomas legais “impõem a necessidade de consulta prévia, livre, informada e de boa-fé às comunidades quilombolas sempre que medidas legislativas ou administrativas afetem seus territórios e modos de vida (arts. 6º e 7º, C169)” (doc. 1, fl. 5). Asseveram, outrossim, que “a tramitação e discussão da Mensagem 208/2019 não têm ocorrido em circunstância de normalidade político-institucional ou em conformidade com princípios e disposições regimentais da Câmara dos Deputados”. Anotam que “o Presidente da República declarou em transmissão ao vivo em suas redes sociais 5 que espera que o deputado federal Eduardo Bolsonaro, seu filho e Presidente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados (CREDN), garanta a aprovação do AST antes que seja indicado ao posto de embaixador extraordinário e plenipotenciário do Brasil nos EUA”. Afirmam, então, que, “diante de tão íntimo interesse pessoal, o deputado Eduardo Bolsonaro deveria ter se dado por impedido, abstendo-se de determinar o relator da Mensagem 208/2019, de presidir reuniões em que o texto esteja em debate ou votação, de resolver sobre a convocação de audiências públicas sobre o tema, etc”. Destacam que “o AST chegou formalmente ao Congresso Nacional no dia 24 de maio, e foi distribuído à CREDN em 10 de junho. Com velocidade inédita, Eduardo Bolsonaro designou Hildo Rocha (MDB-MA) como relator em 12 de junho, quem apenas sete dias depois apresentou parecer superficial e totalmente favorável à Mensagem presidencial. Duas semanas depois, Eduardo Bolsonaro convocou uma Reunião Extraordinária do Colegiado com o AST como único ponto de pauta, em uma flagrante tentativa de votar o texto sem qualquer discussão e às vésperas de duas Audiências Públicas da CREDN sobre o tema”. Afirmam, desse modo, que “a celeridade desta tramitação atenta contra o tempo necessário para o Legislativo debater um tema tão importante” (doc. 1, fl. 10). Registram, ainda, que “o AST em comento tem conteúdo já debatido anteriormente e, desde 2001 (MSC 296, de 2001), a Câmara dos Deputados entende, reiteradas vezes, que são termos inconstitucionais. Isso porque os termos do AST ferem a soberania e interesse nacional do Brasil” (doc. 1, fl. 12). Concluem, então, que “a MSC 208, de 2019 somente pode ter trâmite se (i)

as comunidades quilombolas forem previamente consultadas de modo livre e de boa-fé e se (ii) forem corrigidas as inconstitucionalidades já reconhecidas pela Câmara dos Deputados e objeto dos pareceres da CREDN no trâmite da MSC 296, de 2001” (doc. 1, fl. 16).

Requerem, ao final, “a concessão de medida liminar, inaudita altera pars, acima disposta, para sustar ou suspender o trâmite da Mensagem 208, de 2019, em face do descumprimento dos artigos 6º e 7º e 16 e 17 da Convenção OIT 169 e Decreto 5.051/04 e dos artigos 137, §1º, inc. I c/c art. 17, inc. II, “d” e “e” e inc. VI, “g” e art. 164, inc. II, todos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a caracterizar a ilegalidade e antirregimentalidade do trâmite da Mensagem 208, de 2019 e a substanciar o direito líquido e certo dos impetrantes do devido processo legislativo”. No mérito, pede a concessão da ordem, “*para reconhecer a violação do direito do Autor ao Devido Processo Legislativo Constitucional, confirmando-se as medidas liminares*” (doc. 1, fl. 17).

Em informações, a Presidência da Câmara dos Deputados entende lícita a atuação da Câmara dos Deputados no caso, defendendo, basicamente, que é infundado o propósito de deslocar o debate da matéria para o âmbito judicial, dada a presença de matéria *interna corporis*. Nas informações apresentadas, a Presidência da Câmara dos Deputados rebate a alegação de que havia ausência de documentos, pois, segundo afirma, a “orientação operacional” teria sido encaminhada. Ainda quanto ao ponto, esclarece que a “orientação operacional” foi inserida no Sistema de Informações Legislativas para atribuir publicidade e transparência. Quanto ao eventual vício, decorrente da participação do Deputado Eduardo Bolsonaro, defende que a mesa não se responsabiliza por declarar o impedimento de parlamentar, nos termos do art. 180, § 6º, do RICD. Afirma que, na fase em que se encontra o processo, não há vício por falta da “consulta às comunidades quilombolas”. Segundo as documentações, em momento oportuno, após eventual aprovação do Acordo pelo Congresso, será realizada a consulta. Por fim, afirma que o fato da Câmara dos Deputados já ter discutido e deliberado sobre esse tema em outra oportunidade não obsta a nova deliberação, ainda mais após o transcurso de várias legislaturas (art. 163, I, RICD).

É o relatório. DECIDO.

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança será concedido para proteger *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais foram as funções que exerça.

O âmbito de análise deste mandado de segurança, portanto, está circunscrito à

verificação da existência de *direito líquido e certo* decorrente de eventual *ilegalidade* atribuída ao Presidente da Câmara dos Deputados, que, segundo os impetrantes, “*despachou recebendo e dando trâmite na Câmara dos Deputados a Mensagem 208, de 2019, e pautou na Sessão do Plenário da Câmara do dia 03 de setembro (hoje) a apreciação da Mensagem, ao invés de cessar, como devia e imediatamente, o trâmite da referida proposta de legislação*”, em desrespeito aos artigos 137, §1º, inc. I c/c art. 17, inc. II, “d” e “e” e inc. VI, “g” e art. 164, inc. II, todos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Os impetrantes pretendem impedir o trâmite da MSC 208/2019, sem, contudo, haver comprovação de qualquer ilegalidade decorrente da vulneração do devido processo legislativo constitucional. A discussão, portanto, é restrita à interpretação, aplicação e alcance dos artigos 137, §1º, inc. I c/c art. 17, inc. II, “d” e “e” e inc. VI, “g” e art. 164, inc. II; art. 180, § 6º; art. 163, I, todos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Ocorre, conforme já afirmei anteriormente, não ser possível o controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, sendo vedado ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio Legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto *interna corporis*, sob pena de ostensivo desrespeito à Separação de Poderes, por intromissão política do Judiciário no Legislativo (*Direito constitucional*. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 763).

Trata-se de posicionamento pacificado no Supremo Tribunal Federal, que, em proteção ao princípio fundamental inserido no artigo 2º da Constituição, segundo o qual, *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, afasta a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas questões de conflitos de interpretação, aplicação e alcance de normas meramente regimentais (MS

33.558 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 21/3/2016; MS 34578, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-073, 10/04/2017; MS 26.062 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2008; MS 30.672 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, DJe de 17/10/2011; MS 26074, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 13/9/2006; MS 34406, Rel. Min. EDSON FACHIN, Dje-139, 26/6/2017; MS 21.374, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 2/10/1992).

Não sendo possível juridicamente o controle jurisdicional pleiteado sobre a

interpretação das normas regimentais, inexistente qualquer comprovação de ilegalidade e, conseqüentemente, incabível o mandado de segurança, pois inexistente o *direito líquido e certo* alegado pelo impetrante, pois, como ressaltado pelo Ministro CELSO DE MELLO, a *noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca* (MS 21.865-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ , 1/12/06).

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGO SEGUIMENTO AO MANDADO DE SEGURANÇA.

As alegações ora trazidas não são suficientes para alterar a decisão agravada.

Como já havia afirmado em sede doutrinária, e tive oportunidade de enfatizar na decisão impugnada, não é possível o controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas,

sendo vedado ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio Legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto *interna corporis*, sob pena de ostensivo desrespeito à Separação de Poderes, por intromissão política do Judiciário no Legislativo (*Direito constitucional*. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 763).

Trata-se de posicionamento pacificado no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que, em proteção ao princípio fundamental inserido no artigo 2º da Constituição, segundo o qual, *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, afasta a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas questões de conflitos de interpretação, aplicação e alcance de normas meramente regimentais (MS 33.558 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 21/3/2016; MS 34578, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-073, 10/04/2017; MS 26.062 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2008; MS 30.672 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, DJe de 17/10/2011; MS 26.074, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 13/9/2006; MS 34.406, Rel. Min. EDSON FACHIN, Dje-139, 26/6/2017; MS

21.374, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 2/10/1992).

Não sendo possível juridicamente o controle jurisdicional pleiteado sobre a interpretação das normas regimentais, inexistente qualquer comprovação de ilegalidade e, conseqüentemente, incabível o mandado de segurança, pois inexistente o *direito líquido e certo* alegado pelo impetrante, pois, como ressaltado pelo Ministro CELSO DE MELLO, *a noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca* (MS 21.865, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 1º/12/2006).

Ratifica-se, portanto, o entendimento aplicado, de modo a manter, em todos os seus termos, a decisão recorrida.

Em nome do princípio da celeridade processual, evidenciada a ausência de prejuízo à parte ora agravada, ressalto que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso (artigo 6º c/c artigo 9º do CPC/2015).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de agravo. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 995 AMAZONAS
--

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S) : TRANSPORTE ENERGIA S/A

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Data da Decisão : 05/11/2019

EMENTA

Agravo regimental na suspensão de liminar. Pretendida interrupção de licenciamento ambiental e de obras de construção de linhas de transmissão elétrica. Lesão à ordem econômica, à saúde ou segurança públicas não demonstrada. Anterior ordem de suspensão proferida há vários anos pela corte regional. Obra em estado adiantado. Agravo regimental não provido.

A suspensão do licenciamento e das obras de construção de linha de transmissão elétrica, de forma abrupta, tem o potencial de acarretar graves lesões à economia pública.

A concessão, pela Corte Regional, da pretendida suspensão, permitiu que referida obra atingisse avançado estágio, sendo certo que não houve efetiva demonstração da presença dos requisitos legais para fundamentar a pretendida suspensão.

Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão mediante a qual a então Presidente, Ministra Cármen Lúcia, rejeitou pedido de suspensão de liminar ajuizado pelo então Procurador-Geral da República. Eis a ementa dessa decisão:

“SUSPENSÃO DE LIMINAR. CONSTITUCIONAL. TERRA INDÍGENA WAIMIRI ATROARI. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA À COMUNIDADE INDÍGENA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. RISCO À SEGURANÇA, À ORDEM PÚBLICA E LESÃO À ORDEM ECONÔMICA INEXISTENTES. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA.”

Aduziu o agravante que a ação civil pública ajuizada na origem visava impor à União, previamente à realização da obra de instalação de linha de transmissão de energia elétrica, uma consulta à comunidade indígena afetada pelo empreendimento. Depois de discorrer sobre os fatos correlatos, bem como sobre o andamento do feito na origem, aduziu que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi proposta uma aliança com os povos indígenas que impõe a prévia oitiva de todos as etnias acerca de fatos que possam afetar a realidade em que vivem, acrescentando que a Convenção nº 169 da OIT assim também dispõe.

Aduziu que não há que se falar na impossibilidade de realização dessa obra, mas sim na prévia necessidade de oitiva, o que não ocorreu no presente caso com relação à etnia Waimiri Atroari, diretamente afetada, destacando que as reuniões levadas a cabo entre representantes do Poder Público e indígenas a tanto não equivalem, tampouco têm o condão de substituir a efetiva realização dessa consulta prévia.

Asseverou que a desconsideração do conjunto de regras disciplinadoras do licenciamento de empreendimento que afeta comunidade indígena representa grave risco de lesão à ordem pública, a justificar a suspensão da decisão proferida na origem como medida de prevenção, de forma a evitar a consolidação de um quadro em que essa consulta se torne

inviável.

Haveria ainda, potenciais riscos à ordem pública, dada a possibilidade de conflitos na região, bem como à saúde pública das comunidades indígenas eventualmente expostas a contato com pessoas estranhas ao ambiente em que vivem.

Por outro lado, a postergação da instalação da linha para momento posterior à realização da consulta prévia não inviabilizaria o projeto, tampouco afetaria a busca por alternativas de produção e transmissão de energia elétrica.

Ressaltou, por fim, que se há danos irreversíveis, na análise do presente caso, recaem esses exatamente sobre a aludida população indígena, razão pela qual postulou a concessão da pretendida suspensão.

Manifestaram-se nos autos, a seguir, a União, o Ibama e a Funai, postulando o indeferimento desse pedido de suspensão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Inicialmente, convém destacar, desde logo, que tanto o presente agravo quanto o próprio pedido de suspensão de segurança não impõem ou autorizam o exame aprofundado das questões de direito suscitadas na origem; muito menos formam juízo definitivo ou vinculante sobre os fatos e fundamentos submetidos ao cuidado das instâncias ordinárias.

Não se analisa, portanto, na suspensão, o mérito da ação principal, mas apenas a existência da potencialidade lesiva do ato decisório em face da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, conforme, aliás, previsto na legislação de regência (Lei nº 8.437/92), *in verbis*:

“Art. 4º- Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

(...)

§ 7º- O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.”

No presente caso, trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de indeferimento do pedido de suspensão de liminar. Segundo consta dos autos, foi ajuizada, na origem, ação civil pública tendente a compelir a União a efetuar uma consulta prévia a dada comunidade indígena antes de conceder licenciamento ambiental para a realização de obras de instalação de linha de transmissão de energia elétrica.

Tutela liminar foi concedida na primeira instância, mas revista na Corte regional, o que ensejou o ajuizamento da presente suspensão, cujo pleito foi igualmente indeferido pela presidência desta Corte. E, conforme constou dos fundamentos daquela decisão,

“[a] despeito da questão jurídica controvertida ser de natureza constitucional, o Requerente destacou na inicial da presente suspensão que o 'ponto central da discussão é a ausência de realização de consulta prévia à comunidade indígena afetada pelo empreendimento energético', o que destoa, em exame prévio e precário, dos documentos juntados e manifestações dos interessados”.

Depois de discorrer sobre tais fatos, calcada nos documentos constantes dos autos, aduziu Sua Excelência, a Ministra então Presidente, que

“[n]ão se vislumbra plausibilidade jurídica nem ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas a autorizar a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.

13. Ressalte-se que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas)” (STA nº 138, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19/9/07).

E, de fato, conforme consta de documento posteriormente trazido aos autos pelo IBAMA (e-doc. nº 42), depois da emissão da licença prévia por parte daquele órgão, os estudos prosseguiram, inclusive com a plena participação da tribo indígena mencionada no agravo regimental ora em análise.

Assim, na esteira do que constou da decisão agravada, carece de plausibilidade jurídica o pedido de suspensão em tela, sendo certo, ainda, que não se encontram perfeitamente demonstrados nos autos os alegados riscos de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a justificar a concessão da almejada suspensão.

A pretensão deduzida no presente agravo, calcada em alegada medida de precaução, não merece acolhida, pois a concessão de uma suspensão de liminar como a aqui pretendida depende da presença dos requisitos que autorizam sua implementação, cuja efetiva existência, em cada caso concreto, deve restar demonstrada, não podendo ser meramente sugerida, como na hipótese.

Ademais, as obras relacionados ao licenciamento descrito nos autos seguem seu curso regular há já alguns anos, devendo ser reconhecido, então, que sua abrupta interrupção acarretaria grave lesão à ordem econômica do estado de Roraima, o qual, como se sabe, é a única unidade da federação não interligada ao sistema nacional de energia elétrica, o que acarreta inúmeros problemas a sua população.

Destaco, outrossim, que em hipóteses semelhantes, ocorridas em processos oriundos do estado do Mato Grosso, proferi decisões no mesmo sentido. Assim, por uma questão de coerência interna, devem ser aplicados à solução da controvérsia aqui instaurada os mesmos fundamentos por mim então utilizados. Vide:

“No presente caso, entendeu-se que a suspensão do licenciamento e da respectiva obra, que possibilitaria um melhor aproveitamento do potencial hidrelétrico do país, poderia acarretar graves prejuízos à economia pública; por isso, entendeu-se que mais adequado se mostraria o acolhimento do pleito de suspensão, com o conseqüente prosseguimento dessa obra” (SL n^{os} 368, 722, 723 e 724).

Impende salientar, por fim, que a obra aqui retratada estava em adiantado estado e, certamente, muito ainda progrediu em virtude do não acolhimento do pedido de suspensão, decorridos mais de três anos desde seu ajuizamento.

Assim, quer pela efetiva ausência de demonstração dos requisitos legais que ensejariam o acolhimento do pedido de suspensão aqui deduzido, quer por uma questão de coerência interna, em relação a decisões análogas proferidas em hipóteses de obras semelhantes em andamento no estado do Mato Grosso, é mister a manutenção da decisão

agravada.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, em face de *decisum* no qual se denegou o pedido de suspensão de decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual, no bojo de Ação Civil Pública, concedeu a suspensão da medida liminar deferida pelo juízo de primeira instância, mantendo a Licença Prévia das obras de execução da linha de transmissão de energia elétrica Manaus-Boa Vista, a despeito da não realização de consulta prévia à Comunidade Indígena Waimiri Atroari, cujas terras serão afetadas diretamente pelas obras de instalação do empreendimento.

Eis o teor da decisão:

“1. Suspensão de liminar, com requerimento de medida liminar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, em 20.5.2016 objetivando sustar os efeitos “de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que reformou decisão liminar do juízo federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas na Ação Civil Pública

18032- 66.2015.4.01.3200”. Em 11.3.2016, o Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, expôs o caso e deferiu o requerimento de suspensão de liminar (Proc. n. 0012025-21.2016.4.01.0000), nos termos seguintes:

“(…) A UNIÃO requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão da liminar deferida pela Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, nos autos da Ação Civil Pública 18032-66.2015.4.01.3200, proferida nos seguintes termos:

“(…) presentes simultaneamente os requisitos autorizadores, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR pleiteada para determinar a suspensão imediata dos efeitos da Licença Prévia n. 522/2015, expedida pelo IBAMA, no bojo do processo administrativo n. 02001.006359-2011-77, de modo que os demandados devem suspender o início das obras referentes à linha de transmissão de energia elétrica Manaus-Boa Vista ou sua continuação, até que seja realizada a Consulta Prévia ao povo indígena Waimiri Atroari, nos moldes da Convenção n. 169/OIT.

A requerente afirma que a decisão atacada causa grave dano à ordem econômica e à ordem administrativa; que a atuação da Administração vem sendo estritamente pautada pelas normas que regem os estudos e o planejamento de empreendimentos de geração de energia elétrica; que os argumentos que embasaram a liminar não merecem prosperar, visto que, antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública em comento e da expedição da licença questionada, as providências cabíveis para informar as comunidades indígenas a respeito do empreendimento já haviam sido tomadas, observando os parâmetros da Convenção OIT 169.

Assevera que apesar de recepcionada pelo ordenamento brasileiro, a Convenção 169 OIT ainda não foi objeto de regulamentação, existindo, assim, certa liberdade de forma no processo de consulta, observados os núcleos essenciais dos direitos insculpidos no concerto internacional; que há diversos documentos que comprovam a interação e comunicação intermediada pela FUNAI entre o Empreendedor da Linha de Transmissão e a Comunidade Waimiri-Atroari, destacando a assinatura do protocolo de intenção 001/2013, celebrado entre a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A Eletrobras Eletronorte, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e a Associação Comunidade Indígena Waimiri Atroari – ACWA, visando ao início dos estudos ambientais e sociais a serem realizados para viabilização do empreendimento Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista.

Decido.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas.

Admite-se, eventualmente, um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Na hipótese, verifico que decisão semelhante, relacionada ao mesmo empreendimento, já foi objeto de apreciação por esta Corte, nos autos da SLAT 0076128-42.2013.4.01.0000/AM. Naquela ocasião, também foram suspensos os procedimentos relacionados à implantação da linha de transmissão, com origem na subestação Equador e término na subestação Boa Vista, bem como os procedimentos de licenciamento ambientais, sob o argumento de que não estavam sendo atendidas as determinações da Convenção n. 169/OIT, relacionada à consulta ao povo indígena Waimiri-Atroari.

A decisão de primeira instância foi suspensa pelo então Desembargador Federal Mário César Ribeiro, nos seguintes termos:

A UNIÃO e a AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA

ELÉTRICA requerem a suspensão da liminar deferida, em 28/11/2013, pela MM. Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, nos autos da Ação Civil Pública n. 18408- 23.2013.4.01.3200/AM, nos seguintes termos, que destaco (fl. 574):

(...) DEFIRO A MEDIDA LIMINAR pleiteada para determinar a suspensão imediata de todo e qualquer procedimento relacionado à implantação da linha de transmissão com origem na subestação Equador e término na subestação Boa Vista (constante do Lote A do Edital de Leilão ANEEL N. 04/2011), bem como a suspensão do processo de licenciamento ambiental e das licenças ambientais eventualmente expedidas, até que seja cumprido integralmente o requisito previsto na Constituição Federal (art. 231, § 3º) e Decreto 5051/2004, que promulgou no Brasil a Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais, ou seja, até que seja efetivada e comprovada, na forma da lei, a consulta do Povo Indígena afetado.

Fixo multa coercitiva no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil), por dia de descumprimento do provimento jurisdicional em tela (art. 273, § 3º c/c art. 261, §§ 4º e 5º, CPC).

Alegam que o Ministério Público Federal moveu a ação em tela, arguindo que, em agosto de 2011 a ANEEL publicou o Edital de Leilão

n. 04/2011 visando à contratação de serviço público de transmissão de energia elétrica pela menor receita anual permitida, incluindo a construção, montagem, operação e manutenção das instalações de transmissão, por um prazo de 30 anos da assinatura do contrato; que entre os lotes objetos do edital de leilão, consta o Lote A, referente à construção de Linha de Transmissão em 500 kV, circuito duplo, com extensão aproximada de 315 km, com origem na subestação Equador e término na subestação Boa Vista; que a eleição do trajeto por onde será implantada a citada Linha de Transmissão fere os princípios constitucionais e a Convenção n. 169/OIT, pois, no entender do Parquet a citada Linha de Transmissão atravessa Terras Indígenas, o que torna imprescindível a oitiva prévia da comunidade indígena local (fl. 5).

Asseveram que a decisão não merece prosperar, por isso que, antes mesmo do ajuizamento da Ação Civil Pública, já estavam sendo tomadas as providências cabíveis para informar as comunidades indígenas a respeito do empreendimento, observando os parâmetros da Convenção OIT 169; e em andamento o estudo do componente indígena que será incorporado ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), no âmbito do licenciamento ambiental florestal.

Ressaltam que os estudos que estavam em andamento independem da consulta prevista na Convenção OIT 169, mas que, no caso concreto, há diversos documentos que comprovam a integração e comunicação intermediada pela FUNAI, entre o empreendedor da LT e a Comunidade Waimiri-Atroari, legitimamente representada.

Afirmam que o empreendimento “ainda se encontra em fase de estudos preliminares, não havendo em concreto nenhum ato administrativo que interfira nos 123Km de TI que foram afetados pelo empreendimento, segundo o traçado estabelecido para ser apresentado no EIA.

Alegam que, para a realização da consulta prévia à população indígena envolvida, o Governo Federal trabalha com duas premissas: observância dos requisitos essenciais insculpidos na Convenção OIT

169 e desvinculação temporal entre os estudos de viabilidade do empreendimento e a consulta nos termos da Convenção OIT 169.

Asseveram que ‘há vários meses, vem-se construindo um diálogo com os povos indígenas que podem ser afetados, visando informá-los a respeito do empreendimento, de modo a subsidiar o Estudo do Componente Indígena, para integrar o EIA, em momento prévio a qualquer ato administrativo que implique efeitos diretos e concretos sobre a comunidade envolvida’. (fl.12); que, conforme expresso ‘na Nota Informativa n. 054/2013/AESA/SE-MME elaborada pela Assessoria Especial em Gestão Socioambiental da Secretaria Executiva do Ministério de Minas e Energia, as tratativas pelo empreendedor junto à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e ao IBAMA foram iniciadas em novembro de 2011, com a realização de vistoria conjunta e participação da Transnorte Energia S/A – TNE’ (fl.13).

Asseveram, ainda, que a Convenção 169 da OIT está sendo cumprida, sendo que, ‘em 8 de maio de 2013 foi assinado o protocolo de intenções 001/2013 que entre si celebram a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A – Eletrobras Eletronorte, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e a Associação Comunidade Indígena Waimiri Atroari – ACWA visando à autorização e o início dos estudos ambientais e sociais a serem realizados para viabilização do empreendimento Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista’ (fl.14).

Destacam que o processo de licenciamento encontra-se em fase inicial de estudos ambientais e que não há que falar em impactos efetivos sobre comunidades indígenas, uma vez que sequer há autorização para implantação do empreendimento.

Afirmam que, atualmente a energia elétrica de Roraima ainda é fornecida por um sistema de interligação Brasil-Venezuela e está dissociado do Sistema Interligado Nacional, o que sujeita o Estado às restrições de suprimento por parte da Venezuela e implica uma crescente contratação de energia termelétrica complementar, por isso que a Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista pretende solucionar a deficiência apontada; e, ainda, que a liminar implica atraso nas obras, agrava a necessidade de contratação emergencial de geração termelétrica, com custo estimado em 60 milhões por mês de paralisação.

Pois bem, embora no âmbito estreito da Suspensão de Segurança seja dispensada, a princípio, a análise do fundo da controvérsia, em determinadas situações, a fim de melhor assentar o juízo diante da questão trazida à Corte, é possível realizar “um mínimo de delibação do mérito contido na ação originária”, conforme jurisprudência sufragada nos Tribunais Superiores, exemplificada no seguinte escólio, destaco:(...)

I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c.Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.(...)

III - Em conformidade com o entendimento jurisprudencial dessa Corte, assim como do Pretório Excelso, na decisão que examina o pedido de

suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um mínimo de deliberação do mérito contido na ação originária.(...)

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS 1.652/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2012, DJe 06/12/2012 - grifei)

É o caso ora em análise. É que a interferência jurisdicional no exercício das competências da Administração Pública deve ocorrer com máxima cautela e sempre dotada de critérios técnicos — nem sempre disponíveis, em sua inteireza, ao julgador — que evidenciem que a atuação do agente público está afastada dos princípios que devem reger os atos administrativos, cuja finalidade não é outra senão o bem coletivo.

Na hipótese, a MM. Juíza a quo entendeu estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Registrou que a alegação a respeito da definição do traçado da linha de transmissão sem a realização de prévios estudos requer exame técnico mais acurado. Entretanto, no que tange à ausência de consulta prévia, livre e informada ao povo indígena Waimiri Atroari na forma da Convenção n. 169/OIT, acolheu os argumentos do requerente.

Como se pode verificar, neste momento, o cerne da questão gira em torno da suposta ausência de consulta formal à comunidade indígena Waimiri Atroari anteriormente a ato administrativo tendente à implantação da LT Manaus/BoaVista.

No entanto, os documentos juntados aos presentes autos, indicam que o estudo do componente indígena está sendo realizado sempre com a aquiescência daquela comunidade indígena.

Com efeito, vejamos a cronologia dos acontecimentos, resumidamente, relativamente à questão:

Em 17/06/2013, reuniram-se naquela data, no Núcleo de Apoio do Programa Waimiri Atroari, a liderança Parwe e a equipe consultora responsável pela elaboração do Estudo do Componente Indígena, para esclarecer os Waimiri Atroari quanto ao estudo e como seria realizado, ocasião em que aquela comunidade aprovou a equipe consultora e o plano de trabalho (fls. 787/791).

Em 13/08/2013 a Transnorte Energia S/A, responsável pela condução do processo de licenciamento junto ao IBAMA, encaminhou à FUNAI, o Estudo Etnoarqueológico na TI Waimiri Atroari (fl. 793).

Em 19/08/2013 o Diretor Gerente da Acwa (Waimairi Atroari), encaminhou à Transnorte Energia S/A os valores das despesas realizadas com alimentação e combustíveis, com funcionários da Ecology Brasil, ACWA e índios Waimiri Atroare que acompanharam os trabalhos de Estudo do Componente Indígena, no período de 19 a 29/07/2013 (fls. 797/814).

Em 04/09/2013, a TNE encaminhou à FUNAI o Protocolo do Plano de Voo para realização da 2ª etapa dos trabalhos de campo do Estudo do Componente

Indígena na TI Waimiri Atroare; Anexo ainda, vários documentos relativos às tratativas para a realização dessa etapa de estudos (fls. 818/831).

Em 01/10/2013, nova reunião ocorreu na Sede do Programa Waimiri Atroari para tratar da Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista e do Estudo do Componente Indígena, consoante se vê da Memória de Reunião, em que estavam presentes representantes da Transnorte Energia, Ecology Brasil, Programa Waimiri Atroare, FUNAI e lideranças Waimiri Atroari, em que ficou estabelecido cronograma para a continuidade das atividades previstas no ECI (fls. 832/836).

Mais recentemente, em 13/11/2013, reuniram-se no Núcleo de Apoio aos Waimiri Atroari (NAWA), as lideranças indígenas, os representantes do Programa Waimiri Atroari, da FUNAI, da Transporte Energia e da Preservar, esclarecendo que o encontro não tinha o objetivo de consultar sobre o empreendimento (que será realizada por membros do governo após a finalização do Estudo do Componente Indígena e do Diagnóstico Arqueológico), mas de solicitação de autorização para realização de estudo arqueológico exigido pelo IPHAN, momento em que foi agendada a última etapa de campo do componente indígena para o dia 04/12/2013.

Consta, ainda, dos autos, o Protocolo de Intenções celebrado entre a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, a Fundação Nacional do Índio e a Associação Comunidade Indígena Waimiri Atroari – ACWA visando à autorização e o início dos estudos ambientais e sociais a serem realizados para viabilização do empreendimento Linda de transmissão Manaus/Boa Vista.

Como se pode verificar, ao que tudo indica a administração está atenta às normas e vem realizando os estudo e o planejamento traçado para a realização do empreendimento.

Segundo os requerentes, é necessário que se conclua o estudo do componente indígena para ser incorporado ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental; que a decisão impugnada, implica na paralisação dos estudos ambientais.

Ademais, não se pode olvidar que apesar da promulgação da Convenção 169 da OIT, a norma ainda não foi objeto de regulamentação, e independentemente da forma como o processo de consulta vem sendo realizado, o fato é que não está evidenciado a ilegitimidade dos atos administrativos questionados pelo Ministério Público Federal.

Ora, não se pode olvidar que o Poder Judiciário, ao se imiscuir

nas atividades administrativas de outro Poder, também não pode apartar-se dos postulados inerentes à atividade pública, de modo a impedir que o Estado atinja com eficiência as suas finalidades legais, pela análise do mérito do ato administrativo (oportunidade e conveniência).

Nesse diapasão, constata-se que, na espécie, a decisão ora impugnada acarreta grave lesão à ordem pública no seu viés administrativo, uma vez que impede que a administração realize as atividades que lhe cabem. De fato, entendo que não há motivação suficiente a justificar medida tão drástica, vedando o prosseguimento aos estudos de impacto ambiental e das licenças

ambientais, até porque os estudos podem ser reformulados e as licenças ambientais cassadas.

É certo que, em questões ambientais, o princípio da precaução deve ser observado, no entanto, a continuação das atividades administrativas, enquanto não emitida a licença de instalação, em nada impacta o meio ambiente.

Pertinente, nesse contexto, a lição de M. Seabra FAGUNDES:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os aspectos, nem o invalida totalmente.

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

Seguindo esse raciocínio, se ainda não existem atos administrativos concretos a causar danos (irregularidade no processo de licenciamento), revela-se precipitada a restrição judicial em relação a eles.

Na hipótese, sem elementos concretos que justifique a

paralisação das atividades administrativas relativamente à viabilização do empreendimento Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista, obra de grande interesse público, a liminar se mostra extremamente prejudicial à ordem e à economia pública, posto que fulmina a atividade do Administrador Público voltado porquanto voltada a sanar deficiência ao suprimento de energia elétrica para o Estado de Roraima.

Isso posto, identificando, na espécie, a existência de pressupostos autorizadores da medida excepcional de contracautela, defiro o pedido para suspender execução da liminar impugnada.

Comunique-se, com urgência, ao prolator da decisão impugnada. Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, não havendo recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 17 de dezembro de 2013.

Em agravo regimental, interposto contra essa decisão, a Corte Especial Judicial deste Tribunal, em julgamento realizado no dia 24/04/2014, negou provimento ao recurso, consoante a seguinte ementa: (...)

O Agravante não trouxe aos autos nenhum elemento capaz de infirmar as razões que fundamentaram a decisão ora impugnada.

Inexistência de indício de que não estão sendo observados os parâmetros da Convenção OIT 169, relativamente ao estudo do componente indígena, que será incorporado ao Estudo prévio de Impacto Ambiental (EIA), necessário ao licenciamento ambiental do empreendimento.

A grave lesão à ordem e à economia pública foi demonstrada. É do conhecimento público que o modelo de fornecimento de energia elétrica para o Estado de Roraima é insuficiente, porquanto é realizada por um sistema de interligação Brasil-Venezuela. Estando dissociado do Sistema Interligado Nacional-SIN, sujeita o Estado às restrições do suprimento por parte da Venezuela, implicando uma crescente contratação de energia termelétrica complementar, muito mais cara e poluente. A Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista tende a sanar essa deficiência.

Segundo nota técnica, o atraso da obra agrava a necessidade de contratação emergencial de energia termelétrica, acarretando acréscimo nos custos na ordem de 60 milhões por mês de paralisação, a ser suportado pelos consumidores. A construção da citada linha de transmissão tem fundamental importância, não apenas na redução da geração térmica na região de Boa Vista, mas principalmente tem caráter estratégico nacional, por interligar a única capital da Unidade Federativa que ainda não está integrada ao Sistema Interligado Nacional e por eliminar a dependência energética do Brasil em relação à Venezuela.

Agravo regimental desprovido.

Além do que restou constatado pelo ex-Presidente desta Casa, naquela ocasião, segundo consta dos autos, novas ações ocorreram para atender à norma, no que tange à consulta ao povo indígena. Com efeito, em 08/05/2013, foi assinado o protocolo de intenções 001/2013, celebrado entre a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletrobrás Eletronorte, a Fundação Nacional dos Índios – FUNAI e a Associação Comunidade Indígena Waimiri Atroari – ACWA, visando ao início dos estudos ambientais e sociais; em 29/05/2014, foram encaminhadas versões impressas da tradução do EIA-CI-WA, para cada aldeia da Terra Indígena, na língua indígena Waimiri-Atroari; em 1º/10/2015, foi realizada nova reunião na aludida reserva indígena, com presença de representantes do MME, EPE, FUNAI, IBAMA, PM-RR, Eletrobras e a Governadora de Roraima.

Desse modo, parece evidente a indevida interferência jurisdicional no processo de licenciamento relativo à implantação da Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista, com ingerência nas atribuições típicas da Administração Pública.

Ademais, a decisão implica no atraso no cronograma do empreendimento, sabidamente de caráter estratégico nacional. É que Estado de Roraima, depende atualmente do fornecimento de energia elétrica pelo sistema Brasil-Venezuela, sujeito, portanto, às restrições de suprimento por parte daquele País, o que demandou a instalações, em caráter emergencial, de diversas unidades térmicas para atender à demanda de Boa Vista.

Nesse sentido, a decisão acarreta, ainda, grave lesão à economia pública, uma vez que, enquanto Boa Vista aguarda o fornecimento de energia pelo Sistema Interligado Nacional – SIN, o suprimento de energia terá de ser feito por meio das unidades térmicas, mais poluentes e mais caras para o consumidor, com acréscimo estimado em R\$ 60 milhões, por mês de paralisação dos procedimentos da Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista, consoante conclui a Nota Técnica 40/2013-DMESE/SEE-MME. Confira-se:(...)

O custo de contratação emergencial de geração termelétrica, já autorizado pelo CMSE é da ordem de R\$ 60 milhões mensais (R\$ 720 milhões por ano) até a entrada em operação do empreendimento na data prevista (fevereiro/2016).

O atraso verificado, hoje de 13 meses, irá representar um custo adicional de R\$ 780 milhões aproximadamente. A paralisação de todo e qualquer procedimento relacionado à implantação da Linha de Transmissão, conforme liminar concedida, acarretaria o acréscimo de mais R\$ 60 milhões por mês de atraso. Para fins de comparação caso a paralisação se estenda por mais 6 meses, os custos relacionados à contratação de energia emergencial terá ultrapassado os custos de construção do empreendimento (R\$ 1,1 bilhão, conforme informações do empreendedor).

É importante salientar também, que os custos referentes a contratações emergenciais em sistemas isolados são cobertos pela CCC (Conta de Consumo de Combustíveis Fosseis) e rateados por todos os contribuintes (Tesouro Nacional) e consumidores de energia elétrica do país.

Havendo mais atrasos na entrada em operação da Linha de Transmissão, nova contratação deverá ser providenciada acarretando aumento dos custos relacionados àquele sistema e, conseqüentemente, pressionando a tarifa dos consumidores de todo país)(...)

Ante o exposto, presentes os pressupostos para tanto, defiro o pedido de suspensão.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência, ao Juízo a quo, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Sem recurso, arquivem-se os autos (...)."

Na presente suspensão de liminar, o Requerente reitera as questões suscitadas pelo Ministério Público Federal na primeira instância e alega "ofensa à Convenção 169 da OIT, no que obriga o Poder Público à realização de consulta prévia às comunidades indígenas interessadas, sempre que prevista medida ou empreendimento capaz de afetá-las".

Afirma que o "ponto central da discussão é a ausência de realização de consulta prévia à comunidade indígena afetada pelo empreendimento energético, com tensão de 500kV, que passará, segundo o projeto, pelo interior de suas terras".

Ressalta que "o juízo de primeira instância, próximo aos fatos e sensível ao propósito da previsão da Convenção 169 da OIT, mas sem desconsiderar as

informações prestadas pelos réus, entendeu pela necessidade de paralisação do licenciamento ambiental, enquanto não cumprida a exigência convencional”.

Sustenta que “[s]ob a ótica do empreendedor e do poder público, (...) a suspensão do procedimento em seu estágio atual – sem que se tenham iniciado as obras - não configura, em si mesmo, um dano irreversível” e que “a postergação da instalação da linha de transmissão de energia para momento posterior à realização de consulta prévia à comunidade indígena atingida não inviabiliza o projeto, além de não afetar a busca por alternativas de produção e transmissão energética existentes e viáveis, com a utilização de outras fontes para suprir a demanda da região”.

Este o teor dos pedidos:

“(…) Ante o exposto, requer-se a suspensão da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de modo que voltem a valer os efeitos daquela do juízo de primeira instância que suspendeu as obras referentes ao empreendimento em questão, até o julgamento definitivo da ação civil pública ou até que seja realizada a consulta prévia ao povo indígena Waimiri Atroari, nos moldes da Convenção 169/OIT (...)”.

Em 30.5.2016, o Presidente deste Supremo Tribunal determinou aos interessados se manifestarem, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.437/1992.

Em 13.6.2016, a) a União “requer[eu] o indeferimento do pedido, com a consequente manutenção da decisão que determinou o prosseguimento dos efeitos da Licença Prévia n. 522/2015, expedida pelo IBAMA, no bojo do processo administrativo n. 02001.006359 2011-77”; b) o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama “requer[eu] (...) seja indeferido o Pedido de Suspensão requestado pelo Ministério Público Federal”; e c) a Fundação Nacional do Índio — Funai “requer[eu] a juntada aos autos da Informação Técnica n.º 300/2015/CGLIC/DPDS/FUNAI- MJ”.

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

Admissível suspensão de execução de decisões concessivas de segurança, de liminar e de antecipação dos efeitos de tutela contra o Poder Público, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, somente quando presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: a) as decisões a serem suspensas sejam proferidas em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais; b) tenham potencialidade para causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas; e c) a controvérsia seja de índole constitucional (Rcl n. 497- AgR/RS , Relator o Ministro Carlos Velloso, Pleno, DJ 06.4.2001; SS n. 2.187-AgR , Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n. 2.465 , Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004 entre outros).

Na espécie presente, a medida liminar deferida pelo Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira

Região, nos autos da Suspensão de Liminar n. 0012025-21.2016.4.01.0000, relaciona-se à aplicação do § 3º do art. 231 da Constituição da República, demonstrando-se a matéria constitucional a justificar o pedido de suspensão de segurança pela Presidência deste Supremo Tribunal (SS n. 304-AgR/RS, Relator o Ministro Presidente, Plenário, DJ 19.12.1991).

A despeito da questão jurídica controvertida ser de natureza constitucional, o Requerente destacou na inicial da presente suspensão que o “ponto central da discussão é a ausência de realização de consulta prévia à comunidade indígena afetada pelo empreendimento energético”, o que destoa, em exame prévio e precário, dos documentos juntados e manifestações dos interessados.

A União ressalta que a) “o procedimento de planejamento ambiental questionado vem observando estritamente as normas de regência pertinentes, dentre elas a Convenção OIT 169”; e b) “os indígenas estão participando do processo de licenciamento do empreendimento desde seu início, não se podendo falar em descumprimento do dever de consulta a esses povos”. Pontua, ainda, que “a reforma da decisão combatida é que tem o condão de gerar grave lesão à ordem e à economia pública, pois o Estado de Roraima é o único ainda não interligado ao Sistema Interligado Nacional, sendo abastecido por energia oriunda da Venezuela e de termelétricas, de forma precária”.

O IBAMA realça “h[aver] diversos documentos, juntados ao processo de origem, que comprovam a interação e comunicação, devidamente intermediada pela FUNAI, entre o Empreendedor da LT e a Comunidade WAIMIRIATROARI, legitimamente representada” e salienta:

“(…) em 8 de maio de 2013, foi assinado o protocolo de intenções 001/2013, celebrado entre a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A Eletrobras Eletronorte, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e a Associação Comunidade Indígena Waimiri Atroari – ACWA, visando ao início dos estudos ambientais e sociais a serem realizados para viabilização do empreendimento Linha de Transmissão Manaus/Boa Vista (...).

Ainda em continuidade, por ocasião da reunião realizada em 29/05/2014, foram encaminhadas versões impressas da tradução do Estudo de Impacto Ambiental-Componente Indígena-Waimiri Atroari, uma para cada aldeia da Terra Indígena, na língua indígena Waimiri Atroari (Kinji Iara). A comprovação da adoção desta providência consta de documentos anexados a Agravo de Instrumento interposto pelo IBAMA nos autos do processo de origem.

Posteriormente, foi realizada, em 1.º de outubro de 2015, nova reunião na Reserva Indígena Waimiri Atroari, com a presença de representantes do MME, EPE, FUNAI, IBAMA, MP-RR, Eletrobras, além da governadora de Roraima.

A reunião de 01.10.2015 foi convocada pela FUNAI com o propósito textual de elaboração da consulta prévia ao Povo Indígena Waimiri Atroari, conforme o Ofício n.º 383/2015/PRES/FUNAI-MJ, de 18.09.2015.(...)

Na reunião ocorrida em 01.10.2015, destacamos que participaram da mesma, dentre outros, a ANEEL, a Eletrobrás, o Ministério das Minas e Energia, o IBAMA, a FUNAI, a Governadora do Estado de Roraima e o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República Gustavo Kenner Alcântara.

Com isso, fica claro que a oitiva da Comunidade foi devidamente realizada. A consulta prévia foi efetuada no dia 01.10.2015, conforme reunião realizada na própria Terra Indígena Waimiri Atoaria, amplamente documentada.

Ademais, como já explicado junto ao Juízo de 1º grau, foram realizadas quatro audiências públicas, em atendimento ao disposto na Resolução nº 009/1987. Precedeu-se à abordagem de medidas preparatórias como reconhecimento do público-alvo, sensibilização e mobilização dos mesmos para comparecerem ao ato. A comunicação foi feita por meio de TV, rádio, imprensa, carro de som, distribuição de cartazes em pontos estratégicos (escolas, postos de saúde, associações de moradores), faixas, 151 convites ao Poder Público e 528 convites aos proprietários de lotes pelos quais o projeto atravessa.

Nas audiências públicas, compareceram: 177 (cento e setenta e sete pessoas) em Presidente Figueiredo; 165 (cento e sessenta e cinco) pessoas em Manaus; 140 (cento e quarenta) pessoas em Boa Vista; 192 (cento e noventa e duas pessoas) em Rorainópolis (...).

O Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nos autos da Suspensão de Liminar n. 0012025-21.2016.4.01.0000, registrou que a) "o estudo do componente indígena está sendo realizado sempre com a aquiescência daquela comunidade indígena" e que "a administração está atenta às normas e vem realizando os estudo e o planejamento traçado para a realização do empreendimento"; e b) "a decisão [de primeiro grau] acarreta, ainda, grave lesão à economia pública, uma vez que, enquanto Boa Vista aguarda o fornecimento de energia pelo Sistema Interligado Nacional – SIN, o suprimento de energia terá de ser feito por meio das unidades térmicas, mais poluentes e mais caras para o consumidor, com acréscimo estimado em R\$ 60 milhões, por mês de paralisação dos procedimentos da Linha de Transmissão Manaus - Boa Vista, consoante conclui a Nota Técnica 40/2013- DMESE/SEE-MME".

Ao julgar a Petição n. 3.388, Relator o Ministro Ayres Britto, o Plenário deste Supremo Tribunal consolidou o seguinte entendimento: "(...) (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (...) (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (...) (xiii) a cobrança de

tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou

não” (DJ 19.3.2009).

Não se vislumbra plausibilidade jurídica nem ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas a autorizar a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.

Ressalte-se que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas) (STA n. 138, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 19.9.2007).

Pelo exposto, indefiro o pedido **de suspensão de liminar, ficando, por óbvio, prejudicada a medida liminar requerida..”**

O Agravante sustenta a efetiva ocorrência de lesão à ordem e à saúde públicas, pelas razões seguintes:

“A grave lesão à **ordem pública** pode ser vislumbrada na desconsideração do conjunto de regras disciplinadoras do licenciamento de empreendimento que afeta comunidade indígena, que buscam inseri-las no contexto participativo da tomada de decisões.

Com maior gravidade, vislumbra-se a lesão no manifesto desrespeito às normas protetivas dos direitos dos indígenas e de seu modo de vida tradicional e diferenciado.

Repita-se que, a rigor, a disposição constante da Convenção 169/OIT nem mesmo se limita ao procedimento de licenciamento, exigindo uma postura ativa do Estado na busca da consulta prévia para cada decisão que atinja a comunidade. Nestes autos, entretanto, a despeito de tal consideração, tem-se que o próprio licenciamento ambiental, foro em que também deveria ocorrer a consulta prévia e informada, não foi utilizado para o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado brasileiro, como visto.

É justificativa suficiente para a paralisação do procedimento, **como medida de prevenção**, buscando evitar a consolidação de quadro em que não mais seja possível a realização de consulta legítima, que tenha *alguma influência no processo de tomada de decisão*, tal qual caracterizado o instituto.

Não é preciso e nem se trata de detalhar, neste momento, os impactos concretos do *empreendimento em si* sobre a vida da comunidade indígena

Waimiri Atroari. A discussão e lesão são antecedentes, firmando-se no desrespeito ao direito de serem ouvidos e de terem a sua vontade considerada.

Sob outro ângulo, a concessão da licença prévia, se não afeta de imediato o meio ambiente, já tem impacto sobre a comunidade indígena, seja quanto ao seu ânimo – **com risco potencial de conflitos na região**, caracterizando a lesão à segurança pública -, seja quanto à interferência imediata em seu modo de vida diferenciado, vislumbrado no livre ingresso do empreendedor no local para colheita dos elementos que subsidiarão os estudos adicionais, necessários à obtenção da licença de instalação.

A concessão da licença prévia, então, cria um dado objetivo e concreto de descumprimento das obrigações estatais, que pode se consolidar e mostrar-se irreversível.

Como registrado pelo órgão ministerial na origem, a interferência repentina e sem as cautelas devidas expõe os Waimiri Atroari, ademais, a surtos epidêmicos, **com evidente risco de lesão à saúde pública**, lembrando aquele que lhes afetou nas décadas de 70 e 80 e que resultou na morte de quase 1200 indígenas, mais adiante descritos. Com gravidade maior, expõe a risco os Pirititi, índios em isolamento voluntário cuja área de perambulação insere-se na zona de afetação do empreendimento.”

O I. Relator propõe o desprovimento do agravo, com a manutenção da ordem de suspensão da liminar conferida pelo TRF da 1ª Região, ao argumento de que as obras em tela já se encontram em adiantado estado e que a suspensão do empreendimento caracterizaria grave lesão à economia pública.

Nada obstante, dirijo do i. Relator, e julgo provido o agravo regimental interposto, pelos motivos que abaixo declino.

De fato, a possibilidade de requerimento de suspensão de decisão liminar vem prevista pelo artigo 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92:

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, **em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.**”

No entender de abalizada doutrina, “sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado” (MEIRELLES, HELY Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103).

De fato, entendeu o Relator que está presente o risco de lesão grave à economia pública, a justificar a manutenção da ordem que determinou a suspensão de liminar por meio da qual se paralizavam os efeitos da Licença Prévia ao paralisação da obra referente à Linha de Transmissão Manaus-Boa Vista, até que a consulta prévia aos povos indígenas habitantes da área fosse efetivada.

No feito, portanto, o nó górdio encontra-se na possibilidade de licenciamento ambiental de obra de grande magnitude e enorme impacto no meio ambiente, sem a realização de consulta prévia às comunidades indígenas cujas terras serão diretamente afetadas pelo empreendimento de alto impacto ambiental, nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Entendo, nada obstante os argumentos lançados pelo Relator, que a decisão ora agravada deve ser reformada, em acolhimento às razões lançadas no agravo regimental.

Efetivamente, ressalto a impossibilidade de se desconsiderar as questões ambientais e mais especificamente indígenas, ao se tratar de questões econômicas, a ponto de considerar estas últimas como suficientes à concessão de suspensão de liminar pelo Poder Judiciário.

Ora, na medida em que se trate de matéria atinente à manutenção da vida dessas comunidades, com grande impacto ambiental e sanitário, a desconsideração da consulta prévia, determinada pela Convenção 169 da OIT, como meio de informar os índios e de buscar um consenso em relação às obras a serem realizadas em seus territórios, de modo a sobrelevar a ordem e a economia pública como valores absolutos, não parece se coadunar com os princípios constitucionais atinentes ao tema.

Assim prevê o referido instrumento:

“Artigo 6^o

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, 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;

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;

estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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.”

A consulta preconizada pela Convenção, portanto, é **prévia** à realização de qualquer obra ou empreendimento que possa afetar as comunidades indígenas, e não se pode desconsiderá-la ao argumento de que há outras formas de participação posteriores dos índios, já durante a realização de estudos ou mesmo das obras, restando de todo evidente que, os efeitos deletérios desses empreendimentos podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem.

Assim, o argumento de que se configura, *in casu*, graves lesões à economia pública tampouco coaduna-se com a tutela determinada pelos artigos 216 e 231 da Constituição Federal.

Esta Corte, no julgamento da Pet nº 3388, já rechaçou a possibilidade de contraposição entre desenvolvimento econômico e a correta tutela do patrimônio imaterial indígena:

“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 IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

(...)

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. (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-00212-01 PP-00049)

Nem mesmo o argumento de que a obra já estaria em adiantado estado de realização convence, eis que outras licenças devem ser regularmente exigidas desses empreendimentos; ademais, não se pode passar às Administrações a mensagem de que é possível a construção de grandes empreendimentos, com gravíssimos impactos sócio-ambientais, ignorando-se as normativas referentes ao respeito ao modo de vida das comunidades tradicionais que serão diretamente afetadas.

Assim, com o devido respeito às decisões em sentido contrário, visualizo presentes os requisitos do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, e, portanto, voto pelo provimento do agravo regimental, a fim de cassar a decisão do Tribunal Regional Federal que suspendeu a medida liminar proferida pelo juízo de primeira instância.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 800 MATO GROSSO

RELATOR : **MINISTRO PRESIDENTE**

AGTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : GLOBAL ENERGIA ELÉTRICA S/A

ADV.(A/S) : OSWALDO PEREIRA CARDOSO FILHO E

OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DATA DA DECISÃO : 20/12/2019

EMENTA

Agravos regimentais na suspensão de liminar. Suspensão de obras de usina hidrelétrica. Lesão à ordem econômica demonstrada.

Condicionar a execução da obra de usina hidrelétrica ao trânsito em julgado da sentença proferida na origem tem potencial para acarretar graves lesões à ordem e à economia públicas do Estado.

Estudos prévios demonstram que a usina não será instalada em área indígena, ficando

dispensada a autorização do IBAMA para o licenciamento.

Agravo interposto pelo Estado provido. Negado provimento ao recurso da Procuradoria-Geral da República.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Trata-se de dois agravos regimentais interpostos contra a decisão mediante a qual o então Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewndowski, deferiu

“em parte[,] o pedido para suspender a decisão liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública 10798- 65.2013.4.01.3600/MT, permitindo tão somente, por ora, a continuidade do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Paiaguá nos órgãos competentes e condicionando a execução da obra de construção dessa usina ao trânsito em julgado da sentença a ser prolatada no referido feito” (e-doc. 51).

No recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso (e-doc. 59), afirmou-se que, “ao condicionar o início da execução da obra de construção da usina ao trânsito em julgado da sentença a ser prolatada no feito, [Sua] Excelência acabou por agravar a situação do Estado (...)”.

Alegou-se, ainda, que,

“sendo competente a Secretaria de Estado de Meio Ambiente de Mato Grosso – SEMA/MT para o licenciamento ambiental prévio, tal como defendido pelo agravante e acolhido por Vossa Excelência, não há razão alguma para se aguardar o trânsito em julgado da sentença para o início da execução das obras, o que certamente ocorrerá após vários anos de um longo e cansativo processo judicial, processo esse que apenas se inicia na instância de piso (*1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Cuiabá-MT*).

(...)

Assim, ao autorizar a continuidade da Licença Prévia (LP), mas condicionar a Licença de Instalação (LI) ao trânsito em julgado da sentença, há uma

nítida piora na situação do agravante, haja vista que, *obtendo sentença favorável em primeira instância*, estaria automaticamente cassada a liminar deferida *ab initio*, possibilitando assim a continuidade do processo de licenciamento e da própria construção da UHE Paiaguá.

Agora, mesmo obtendo sentença favorável em primeira instância, está impedido de autorizar a construção da usina hidrelétrica, por força da determinação contida na decisão agravada, com nítida *reformatio in peius*. Nesse caso, seria mais rápido obter as licenças prévia, de instalação e operação junto ao órgão ambiental incompetente (IBAMA) do que aguardar o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no processo originário, o que certamente levará muitos anos para se concretizar” (grifos do autor).

Ao fim, pediu-se a reforma da decisão agravada na parte em que se condiciona a execução da obra de UHE Paiaguá ao trânsito em julgado da sentença na origem.

A Procuradoria-Geral da República também interpôs agravo regimental (e-doc. 60), ao argumento de que há nítido risco de dano ao meio ambiente, especialmente às comunidades indígenas envolvidas na região que não foram ouvidas sobre os possíveis danos da construção da usina.

Ponderou-se que

“[a] tônica é e deve ser a precaução. Não se pede, nem lá nem cá, que haja a paralisação em definitivo do empreendimento ou que se *despreze o aproveitamento do riquíssimo potencial hidrelétrico do país*. Busca-se, apenas, uma atuação responsável do ente, que respeite e não perca de vista, além da legislação vigente, e com o rigor devido, o propósito constitucional de preservação do meio ambiente e de proteção às comunidades indígenas.

A demanda por energia não pode relativizar a importância do valor constitucional em discussão, nem justificar a falta de cautela com que o Estado trata a questão. Impõe-se, no caso, o dever de prudência em face da imprevisibilidade das consequências que poderão advir do prosseguimento do empreendimento nos termos em que se apresenta.

(...)

De todo o exposto, a conclusão essencial é que, existentes povos indígenas afetados pelo empreendimento, há de ser o licenciamento do projeto conduzido pelo Ibama. Os efeitos e consequências concretas do empreendimento para tais comunidades só será possível definir após a adoção das medidas pretendidas na ação civil pública, sendo inadmissível, todavia, como faz o Estado requerente, supô-los inexistentes e afastar de antemão a atribuição do órgão federal” (grifos do autor).

Ao fim, pediu-se a reforma da decisão para que, na origem, possam ser demonstrados os danos às comunidades indígenas e ao meio ambiente.

Contrarrazões apresentadas (e-doc. 63 e 68).

É o relatório.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A discussão travada na origem diz respeito à paralisação do processo de licenciamento ambiental das obras da UHE de Paiaguá/MT, pois a decisão ora agravada condicionou a continuidade da execução da citada obra ao trânsito em julgado da sentença a ser prolatada nos autos principais.

Conforme consignado na decisão aqui recorrida, “o aproveitamento do riquíssimo potencial hidrelétrico do País constitui imperativo de ordem prática, não podendo ser desprezado em uma sociedade em desenvolvimento como a nossa, cuja demanda por energia cresce dia a dia de forma exponencial”.

Em caso semelhante, recentemente julgado, esta Corte entendeu haver lesão à ordem econômica na suspensão de licenciamento ambiental e de obras de usina hidrelétrica. Transcrevo sua ementa:

“Agravo regimental em suspensão de liminar. Suspensão de licenciamento ambiental e de obras de usina hidrelétrica. Lesão à ordem econômica demonstrada. Ordem proferida há vários anos, permitindo a conclusão da obra. Agravo regimental não provido.

A suspensão do licenciamento e das obras de uma usina hidrelétrica, de forma abrupta, tem o potencial de acarretar graves lesões à economia pública.

A concessão initio litis da pretendida liminar, ocorrida há mais de seis anos, permitiu a conclusão da obra e a entrada em funcionamento da

usina em questão, fato a desautorizar, no presente momento, a concessão da pretendida suspensão.

Agravo regimental não provido” (SL nº 722/MT-AgR, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 20/11/19).

No mesmo sentido, ainda, a SL nº 368/MT-AgR-segundo, Tribunal Pleno, também de minha relatoria, DJe de 20/11/19.

Destaco igualmente parte da decisão monocrática proferida na SL nº 246/MT pelo então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, posteriormente confirmada pelo Plenário desta Corte:

“(…), basta observar que as obras se iniciaram há mais de cinco anos, se considerada a data em que concedida a licença de instalação, bem como o seu adiantado estágio (fls. 251/276), com cortes de terreno já efetivados e que certamente se perderão pela ação do tempo. Também merece atenção os efeitos deletérios ao próprio meio ambiente pela manutenção de grande área desmatada e cavada, podendo até mesmo assorear o próprio rio em que se realiza a obra, caso impedida sua continuidade” (DJe de 18/6/08).

Entendo que manter a paralisação das obras da usina hidrelétrica de Paiaguá representaria grave risco de lesão à ordem e à economia públicas do Estado do Mato Grosso.

Diante dos entendimentos acima expostos e firmados por esta Corte, tenho que o agravo interposto pelo Estado de Mato Grosso deve ser provido para que as obras da citada usina possam ter continuidade.

Por outro lado, tenho que os argumentos recursais apresentados pela douta Procuradoria-Geral da República não merecem provimento.

Importante assentar que, no limitado âmbito das suspensões, essa Egrégia Corte se limita a analisar a potencialidade lesiva do ato combatido, diante dos interesses públicos expressamente destacados em lei.

O próprio IBAMA, em parecer apresentado (e-doc. 45), entende não ter atribuição legal e constitucional para autorizar o licenciamento da referida UHE.

Pelo que consta nos autos e dentro do que é permitido analisar em sede de contracautela, verifica-se que a usina hidrelétrica não será instalada em área indígena:

“(...) o IBAMA não detém competência para fiscalizar as atividades do órgão estadual de meio ambiente, muito menos para licenciar o empreendimento, como concluiu o magistrado em primeira instância. Assim, tendo em conta que o órgão federal ambiental não conduziu ou participou do processo de licenciamento da UHE Paiaguá, a presente manifestação cingir-se-á à parte da decisão afeta ao IBAMA.

(...)

Assim, a regra geral, hoje, atribui aos órgãos ambientais dos Estados a competência para licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, com exceção das atividades que causem impactos meramente locais, em que a competência será dos órgãos municipais, e aquelas que possuam determinadas características especiais, seja em razão da sua localização, seja pelo caráter da atividade licenciada. Os casos, portanto, que atrairão competência da União ou dos Municípios, estão expressamente previstos nos arts. 7º (inciso XIV) e 9º (inciso XIV) da LC nº 140/2011:

(...)

Assim, com base em critério não previsto em lei, qual seja, o risco de que o empreendimento acarrete prejuízo ao interesse das comunidades indígenas, o Tribunal de origem afastou a aplicação do comando expresso da Lei Complementar nº 140/2011, que atribui ao IBAMA a competência para licenciar atividades e empreendimentos localizados em terra indígena. Ora, o empreendimento se encontra a 25 km da TI Manoki e a 29km da TI Ponte de Pedra, sendo juridicamente impossível seu enquadramento no art. 7º, XIV, “c”, da LC 140/2011.

O simples fato de o empreendimento poder gerar impacto em terras indígenas de propriedade da União, não atrai a competência para o IBAMA. Nesta linha de entendimento, traz-se mais uma vez a título ilustrativo, as esclarecedoras as lições de Álvaro Mirra: (...)” (grifos do autor).

Portanto, não se mostra viável manter a paralisação das obras da usina, já que demonstrados os riscos de lesão à ordem e à economia públicas.

Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo interposto pelo Estado de Mato Grosso para que as obras da UHE de Paiaguá/MT possam ter continuidade e pelo não

provimento do agravo apresentado pela Procuradoria-Geral da República.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de agravos regimentais interpostos pelo Estado do Mato Grosso e pelo Ministério Público Federal, em face de *decisum* no qual se determinou a suspensão parcial de decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região o qual, no bojo de Ação Civil Pública, havia mantido a decisão de primeira instância que concedeu a antecipação de tutela pleiteada, a fim de suspender o processo de licenciamento da Usina Hidrelétrica Paiaguá.

Eis o teor da decisão:

“Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado do Mato Grosso contra a decisão que deferiu a liminar nos autos da Ação Civil Pública 10798-65.2013.4.01.3600/MT e determinou a imediata suspensão do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Paiaguá, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A referida decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento 0076857- 68.2013.4.01.0000/MT.

Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, contra o Estado do Mato Grosso, a empresa Global Energia Elétrica S/A, o IBAMA e a Empresa de Pesquisa Energética (EPE). O objetivo era a declaração de nulidade da sentença prévia expedida pelo Estado do Mato Grosso no processo de licenciamento da UHE Paiaguá, sob a alegação de: a) ausência de consulta aos povos indígenas potencialmente afetados das tribos indígenas Manoki, Ponte de Pedra, Erikpatsá e Japura; b) inexistência de estudo de componente indígena a integrar o EIA-RIMA; e c) incompetência do órgão licenciador estadual para a emissão de licença ambiental ao empreendimento em questão.

Veio, então, o presente pedido de suspensão de liminar sustentando, em síntese, que o cumprimento da liminar causará grave lesão à ordem e à economia públicas.

Determinei a oitiva dos interessados e a manifestação da Procuradoria Geral da República, com fundamento no art. 297, § 1º, do RISTF.

A Global Energia Elétrica S.A. se manifestou pedindo o deferimento da suspensão de liminar.

O IBAMA, por sua vez, entendeu que a liminar concedida acarretaria lesão à ordem administrativa; alegou não deter competência para conduzir o licenciamento do empreendimento, uma vez que não localizado em terras indígenas; e aduziu que, em virtude da ocorrência de eventuais vícios no licenciamento conduzido pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Mato Grosso (SEMA), não se instaurou a competência do órgão federal.

Já a Fundação Nacional do Índio noticiou que a licença prévia expedida pela SEMA e convalidada pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente do Mato Grosso (CONSEMA) não levou em consideração as solicitações da FUNAI relativas à necessidade de realização de estudos de impacto componente indígena.

A Procuradoria Geral da República ofereceu parecer pelo indeferimento do pedido de suspensão de liminar.

É o relatório necessário. Decido.

Compete à Presidência desta Corte, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei 7.347/1985, suspender a execução de liminares proferidas ou mantidas por tribunais locais ou federais, com fundamento constitucional, em sede de ação civil pública, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Bem examinados os autos, verifico, preliminarmente, estar demonstrada a natureza constitucional da controvérsia, uma vez que discutida na origem a suposta ofensa aos arts. 23, 170, 225 e 231 da Constituição Federal.

Passo então ao exame da questão.

É fato que a defesa e preservação do meio ambiente é um dos mais altos valores atuais. Dessa forma, a exploração de qualquer atividade econômica deve se dar de forma equilibrada a fim de conservar o ambiente, não apenas para a geração presente, mas também para as futuras.

Por outro lado, é também incontroverso que o aproveitamento do riquíssimo potencial hidrelétrico do País constitui imperativo de ordem prática, não podendo ser desprezado em uma sociedade em desenvolvimento como a nossa, cuja demanda por energia cresce dia a dia de forma exponencial. Afinal, não se pode olvidar a crise registrada em 2001 no setor elétrico, que tantos transtornos causou aos brasileiros.

Caso mantida a medida liminar tal como deferida, não se poderá excluir a necessidade de se buscar outras fontes energéticas com vistas a suprir aquela a ser produzida pela UHE de Paiaguá. Ocorre que a substituição não se faria sem danos ao ambiente, pois, como é cediço, até mesmo as chamadas fontes alternativas renováveis causam malefícios à natureza.

Ademais, a suspensão do processo de licenciamento ambiental poderá causar prejuízos econômicos de difícil reparação ao Estado e aos particulares

envolvidos na empreitada, acarretando inclusive a indesejável não criação de novos postos de trabalho.

Por essas razões, entendo que o perigo na demora seria inverso, uma vez que a suspensão do processo de licenciamento possivelmente acarretará os prejuízos econômicos e sociais acima apontados.

Nesse mesmo sentido já decidi na SL 722, e o Min. Gilmar Mendes, então presidente da Corte, na SL 368.

Isso posto, **defiro em parte** o pedido para suspender a decisão liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública 10798- 65.2013.4.01.3600/MT, permitindo tão somente, por ora, a continuidade do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Paiaguá nos órgãos competentes e condicionando a execução da obra de construção dessa usina ao trânsito em julgado da sentença a ser prolatada no referido feito.”

O Estado do Mato Grosso interpôs agravo em face dessa decisão, requerendo a reforma da parte da decisão que condicionou a execução da obra de construção da UHE Paiaguá ao trânsito em julgado da sentença a ser prolatada no referido feito, ao argumento de piora da situação do agravante, pois a decisão não poderia ser modificada nem mesmo pela cassação da medida liminar em sentença.

Por sua vez, o Ministério Público Federal também agrava, sustentando a inocorrência de efetiva lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que o licenciamento ambiental concedido foi irregular, já que o Estudo de Impacto Ambiental não foi realizado da maneira legal, diante da ausência do Estudo do Componente Indígena específico para a UHE Teles Pires, não houve a oitiva prévia da comunidade, e órgão estadual seria incompetente para a concessão do licenciamento da obra, restando irreparável o prejuízo ambiental e indígena com a continuidade da execução da UHE Paiaguá.

O I. Relator propõe o provimento do agravo interposto pelo Estado do Mato Grosso e o desprovimento do recurso interposto pelo *Parquet*, ao argumento de que a suspensão do empreendimento caracterizaria grave lesão à economia pública, bem como que os estudos prévios teriam demonstrado que a usina não se localiza em área indígena, não atraindo a competência do IBAMA para o licenciamento da obra.

Nada obstante, entendo que a decisão recorrida encontra-se corretamente fundamentada, razão pela qual divirjo do i. Relator, e julgo provido o agravo regimental

interposto pelo Ministério Público Federal, e desprovido o recurso do este estadual, como já votei em casos semelhantes recentemente julgados.

De fato, a possibilidade de requerimento de suspensão de decisão liminar vem prevista pelo artigo 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92:

*“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, **em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.**”*

No entender de abalizada doutrina, “sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado” (MEIRELLES, HELY Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103).

De fato, entendeu o Relator que está presente o risco de lesão grave à ordem e à economia públicas, na ordem que determinou a paralisação da obra referente à UHE Paiaguá.

No feito, portanto, o nó górdio encontra-se na possibilidade de licenciamento ambiental de obra de grande magnitude e enorme impacto no meio ambiente, sem a realização do específico Estudo do Componente Indígena, e consequente consulta prévia às comunidades envolvidas, que se localizam nas proximidades da UHE Paiaguá e que serão diretamente afetadas por ela.

Entendo, nada obstante os argumentos lançados pelo Relator, que a decisão ora agravada deve ser reformada, em acolhimento às razões lançadas no agravo regimental do Ministério Público Federal.

Efetivamente, ressalto a impossibilidade de se desconsiderar as questões ambientais ao se tratar de questões econômicas, a ponto de considerar estas últimas como suficientes à concessão da suspensão pleiteada.

Ora, por se tratar de matéria atinente à manutenção da vida de todos, a desconsideração das questões ambientais para se sobrelevar a ordem e a economia pública como valores absolutos não parece se coadunar com os princípios constitucionais atinentes ao tema.

A realização do competente estudo para a definição e mitigação dos danos causados às comunidades indígenas que residem na área e que são afetadas pela instalação da UHE, conforme determina a Resolução nº 001/86-CONAMA, é essencial para a concretização do estudo **prévio** de impacto ambiental exigido pela Constituição Federal, em seu artigo 225, §1º, inciso IV, e não se pode desconsiderá-lo, sob nenhuma hipótese, restando de todo evidente que, apesar de não ocorrer o empreendimento dentro do perímetro de terras indígenas, os efeitos deletérios da obra podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que vivem em suas proximidades.

Pela mesma razão, resta inviável a concessão do referido licenciamento ambiental sem a realização de consulta prévia às comunidades indígenas cujas terras serão diretamente afetadas pelo empreendimento de alto impacto ambiental, nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Na medida em que se trate de matéria atinente à manutenção da vida dessas comunidades, com grande impacto ambiental e sanitário, a desconsideração da consulta prévia, determinada pela Convenção 169 da OIT, como meio de informar os índios e de buscar um consenso em relação às obras a serem realizadas em seus territórios, ou nas proximidades mas que tenham o potencial de atingir seu modo de vida tradicional, parece-me descumprir os ditames constitucionais e infraconstitucionais que protegem as formas de ocupação e aproveitamento da terra pelos indígenas.

Assim prevê a Convenção 169:

“Artigo 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, 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;

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;

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.”

A consulta preconizada pela Convenção, portanto, é prévia à realização de qualquer obra ou empreendimento que possa afetar as comunidades indígenas, e não se pode desconsiderá-la, restando de todo evidente que os efeitos deletérios desses empreendimentos podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem.

Por fim, ressalte-se que, muito embora a licença prévia tenha sido expedida pelo órgão ambiental estadual, integrante do SISNAMA, reveste-se de plausibilidade as alegações contidas na exordial e consideradas quando da concessão da medida liminar, no sentido de que a competência para tanto pertenceria ao órgão federal, qual seja, o IBAMA, diante da proximidade do empreendimento em relação a terras indígenas.

Assim, diante de todas essas considerações, o argumento de que se configura, *in casu*, graves lesões à ordem e à economia públicas, não se coaduna com a tutela determinada pelos artigos 216 e 231 da Constituição Federal.

Esta Corte, no julgamento da Pet nº 3388, já rechaçou a possibilidade de contraposição entre desenvolvimento econômico e a correta tutela do patrimônio imaterial indígena:

“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 IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

(...)

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. (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-00212-01 PP-00049)

Assim, com o devido respeito às decisões em sentido contrário, não visualizo presentes os requisitos do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, em amplitude apta à suspensão da medida liminar proferida pelo Tribunal competente.

Assim, voto pelo provimento do agravo regimental do Ministério Público Federal, e

pelo desprovimento do agravo regimental interposto pelo Estado do Mato Grosso.

É como voto.

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**

REQTE.(S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DOBRASIL
(APIB)

ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI

REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL

ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO

REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

ADV.(A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI

ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO
DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA

ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

ADV.(A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO AM.
CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA AM.
CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV.(A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS

AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS

ADV.(A/S) : LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : COMISSAO GUARANI YVYRUPA

ADV.(A/S) : ANDRE HALLOYS DALLAGNOL

ADV.(A/S) : GABRIELA ARAUJO PIRES

DATA DA DECISÃO: 05/08/2020

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que

assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

Determinação de criação de *barreiras sanitárias*, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

Determinação de elaboração e monitoramento de um *Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em referendar a cautelar deferida parcialmente, em 8 de julho de 2020, pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Relator), nos seguintes termos: “*III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS* 62. *Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator: III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando*

verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. *Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.* 63. *Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. O término do recesso coincidirá aproximadamente com a conclusão da elaboração dos planos e seu exame pelo juízo, de modo que não há risco de concretização de medidas irreversíveis antes do retorno do Supremo Tribunal Federal a pleno funcionamento, ressalvadas novas situações emergenciais que possam ocorrer no período e que demandem interferência imediata.* 64. *A implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas.* **CONCLUSÃO** 65. *Por todo o exposto, defiro parcialmente as cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III)”, vencidos parcialmente o Ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior amplitude, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Relator e estabelecia prazos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.*

Brasília, 05 de agosto de 2020

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

RELATÓRIO:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. A ação tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

Segundo os requerentes, o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas. Tais comunidades reuniriam componentes que as tornam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral. Em primeiro lugar, os indígenas detêm maior *vulnerabilidade imunológica*. São historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, por sua menor exposição a tais patologias. Detêm, em segundo lugar, maior *vulnerabilidade sociocultural*: seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário, com o compartilhamento de habitações e utensílios, além de viverem, muitas vezes, em áreas remotas ou de difícil acesso. E essas características favoreceriam uma maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19, uma maior propagação do vírus em suas comunidades, bem como menor acesso a serviços de saúde. Os requerentes afirmam que, segundo dados da APIB, a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral.

Por fim, os requerentes aludem, ainda, à *vulnerabilidade política* dos povos indígenas. Trata-se, afirmam, de grupos minoritários, cujas práticas culturais e condições geográficas não favorecem a viabilidade de sua representação pelos mesmos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro. Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde. Afirmam que tal vulnerabilidade se agravou no curso do atual governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente de que dependem.

No que respeita especificamente à presente ação, os requerentes imputam os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: (i) a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (ii) ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; (iii) decisão política da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; (iv) não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas.

Com base em tais argumentos, requerem, em sede cautelar:

“(a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoodate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato funcionamento da “Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”(art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

Seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami,

Karipuna, Uru-Eu- Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trancheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.

Seja determinado à União Federal que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas.

Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígena, nos termos referidos no item anterior”.

Diante da urgência do caso, determinei a intimação do Exmo. Sr. Presidente da República, do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no prazo de 48 horas, para manifestação, de forma a evitar que a cautelar fosse apreciada *inaudita altera pars*.

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação, acompanhada de informações da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI. Em sua manifestação, a AGU afirma, em breve síntese: (i) a inadmissibilidade da ação, por ausência de subsidiariedade; (ii) a ocorrência de suspensão dos ingressos de terceiros nas terras de povos indígenas em isolamento; (iii) o caráter complementar da atuação da SESAI com relação ao SUS, que expressaria uma opção razoável de política pública em matéria de saúde; (iv) o risco de colapso do atendimento da SESAI, caso se expanda sua atuação para povos indígenas em área urbana (não aldeados); (v) a impossibilidade de alteração de tal política pública pelo Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes; (vi) a existência de uma multiplicidade de normas e planos de contingência nacional e distrital para

enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC).

As informações da AGU não mencionam propriamente a criação de barreiras sanitárias para a proteção de povos indígenas em isolamento ou de recente contato, com uso de força, se necessário, para impedir a entrada em suas áreas. Aludem apenas a uma determinação de suspensão de ingresso de terceiros em tais terras. Também não negam a afirmação, constante da inicial, de que a SESAI excluiu do escopo de sua atuação os povos indígenas aldeados, cujas terras ainda estejam pendentes de homologação. Tal fato é, portanto, incontroverso. As informações prestadas pelos demais órgãos alegam a ilegitimidade ativa da APIB para deflagrar o controle concentrado da constitucionalidade; relatam operações da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Força Nacional de Segurança e das Forças Armadas, voltadas à proteção de terras indígenas, incluída a menção à criação de barreira sanitária fluvial em circunstâncias específicas pelas Forças Armadas. Referenciam operações de combate a ilícitos, de contenção de invasões e de desintrusão de invasores. Aludem, ainda, à prestação de assistência à saúde, à entrega de cestas básicas, de equipamentos, à criação de boletins, protocolos, campanhas educativas e a uma multiplicidade de outras iniciativas voltadas à proteção de diversos povos indígenas. Observam que os recursos materiais e humanos disponíveis para o combate a uma pandemia com tais proporções são limitados, que há maior capacidade institucional e expertise técnica por parte de tais órgãos do que por parte do Judiciário, e que a interferência desse último Poder pode desorganizar as políticas em andamento e produzir impacto adverso sobre a proteção de tais povos.

Faço o registro do *admirável empenho da Advocacia-Geral da União e de todas as demais instituições antes mencionadas em contribuir com informações para esse juízo*, em tempo extremamente exíguo, para fornecer-lhe elementos para apreciação da cautelar. À luz dos fatos narrados, deferi parcialmente a cautelar, em decisão assim ementada:

Ementa: Direitos fundamentais. Povos indígenas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão. 13. Cautelar parcialmente deferida.

A decisão cautelar buscou, essencialmente, promover um **diálogo institucional** entre esta Corte e o Poder Executivo, de forma a possibilitar a construção de uma solução para a questão indígena que contasse com o apoio e a expertise deste poder. Buscou, ainda, estabelecer um **diálogo intercultural** entre Poder Executivo, Poder Judiciário e povos indígenas, prática que, além de ser determinada por documentos internacionais de que o Brasil é signatário, abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento.

Proferida a cautelar, a União: (i) instalou a Sala de Situação para tratar da questão sanitária relacionada aos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, realizando duas reuniões em seu âmbito; (ii) apresentou plano de instalação de barreiras sanitárias em favor de tais povos, ainda pendente de exame por este Juízo; (iii) realizou diversas reuniões do grupo de trabalho direcionado à formulação de um plano de combate ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas em geral. Todas as referidas iniciativas têm contado com a participação de representantes dos povos indígenas e de especialistas, técnicos e sanitaristas por eles indicados.

Na sequência, abri prazo para manifestação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União, acerca do plano de instalação de barreiras sanitárias já apresentado.

Deferi, por fim, o ingresso, a título de *amicus curiae*, das seguintes entidades e instituições: (i) Conselho Indigenista Missionário CIMI; (ii) Conectas Direitos Humanos, Associação de Direitos Humanos em Rede e Instituto Socioambiental ISA (por meio de petição conjunta);

Defensoria Pública da União; (iv) Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH; (v) Conselho Indígena Tapajós Arapiuns CITA e Terra de Direitos (também por petição conjunta); (vi) Comissão Guarani Yvyrupa CGY; (vii) União dos Povos Indígenas do Vale do Javari – UNIVAJA.

É o relatório.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhor Presidente, Prezados Colegas, Senhoras Ministras, cumprimento os ilustres Advogados que estiveram na tribuna e que se pronunciaram nos autos - inclusive com

comentários aos planos, que apreciarei em breve -: Doutores Luiz Henrique Eloy Amado, Daniel Sarmento, Lucas de Castro Ribas, Paulo Machado e Guimarães, Pedro Sérgio Vieira Martins e Gustavo Zortéa da Silva, pela Defensoria-Geral da União; e Doutoradas Juliana de Paula Batista - pelo ISA -, Gabriela Araújo Pires e Júlia Melo Neiva. Cumprimento, muito particularmente, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União, e o eminente Senhor Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras.

Presidente, nenhuma das partes envolvidas deu maior destaque ao cabimento da ação, tampouco vou gastar muita energia nesse tópico, porque me parece fora de dúvida o cabimento da ADPF nesta hipótese. Há preceitos fundamentais em jogo, estamos falando do direito à vida, do direito à saúde e do direito de as comunidades indígenas viverem de acordo com suas tradições culturais. Existem atos do poder público que, na petição inicial, foram apontados como insuficientes, alguns como inexistentes, e há preenchimento do requisito da subsidiariedade na medida em que não há outra ação direta apta a acudir os pedidos aqui formulados.

Quanto à legitimação ativa, faço uma breve referência, Presidente. Evidentemente, os partidos políticos que propõem a ação têm legitimação universal e, portanto, fora de dúvida seu direito de propositura. Merece breve destaque - embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo - a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e - assim entendi - beneficia-se da flexibilização de nossa jurisprudência na caracterização do que devemos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta.

Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes - um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio - em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Ainda que assim não fosse, no caso específico das comunidades indígenas, aplicar-se-ia o artigo 232 da Constituição, que tem a seguinte dicção:

"Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

De modo que, Presidente, não teria dúvida, nas circunstâncias, de reconhecer também a legitimação ativa da APIB.

Por essa razão, Presidente, entendendo que essa seja matéria tranquila para todos, passo diretamente à questão de mérito.

Minha decisão vai ser relativamente breve, porque é uma ratificação de cautelar a qual todos já tivemos conhecimento e que, salvo alguns pontos específicos que vou enfrentar, tem a concordância de todos os envolvidos.

Gostaria de pontuar que minha decisão cautelar se assentou em três premissas que considero importante enunciar. A primeira delas é o princípio da prevenção ou da precaução. Nas matérias que envolvam a vida e a saúde das pessoas, a jurisprudência do Supremo é relativamente tranquila no sentido de que se adotem todas as medidas protetivas cabíveis, desde que razoáveis e proporcionais.

A primeira preocupação que me moveu foi a proteção da vida e da saúde desses grupos, inclusive pelo risco de extinção de etnias caso a doença se espalhe de forma descontrolada. Essa foi, portanto, a primeira premissa da decisão: salvar o maior número possível de vidas e preservar etnias. Tratava-se de vida e saúde e os princípios da precaução e da prevenção recomendam o máximo de cuidado razoavelmente ministrável.

A segunda premissa de minha decisão, Presidente e eminentes Colegas, foi estabelecer um diálogo institucional. A concretização das políticas públicas aqui necessárias depende diretamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive e sobretudo, das Forças Armadas. Registro que as Forças Armadas já vêm atuando em alguma medida no enfrentamento da pandemia, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas.

Disse isso em minha decisão e reitero que a participação das Forças Armadas - inclusive para instalação de barreiras sanitárias - é indispensável. Registro aqui - o Ministro José Levy do Amaral já tocou nesse ponto - também depoimento pessoal de ter comparecido à Região da fronteira Norte do Brasil, a convite do Ministro da Defesa, General Fernando Azevedo Silva, que honrou o Supremo na assessoria do nosso Presidente, Ministro José Dias Toffoli. A meu pedido, fomos interagir com uma comunidade indígena yanomami. Fomos a São Gabriel da Cachoeira e a Maturacá, onde existe um pelotão de fronteira. Lá, pude

testemunhar - preciso dizer que com prazer e mesmo, orgulho - a relação de consideração e respeito com que esse pelotão de fronteira - oficiais militares lá estacionados - tratavam a comunidade indígena. Inclusive, diversos integrantes do pelotão, portanto, diversos militares, eram indígenas ou pessoas que tinham ascendência dessa natureza. O País anda com tanta notícia ruim que gostaria de dar esse depoimento extremamente positivo, para que as pessoas saibam que há um trabalho bonito e bem feito na região de fronteira, não apenas para proteção da soberania nacional, mas também integração com as comunidades indígenas que assim desejam. Penso que essas comunidades também têm todo o direito de optarem pelo isolamento que, de certa forma, é a melhor maneira de preservar sua cultura e tradições, sem contaminação com a civilização, cuja cultura envolvente, muitas vezes, é devastadora para essas comunidades.

Prosseguindo no que queria dizer, não tem como o Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo é imperativo.

Em meu caso específico, de longa data defendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos.

Essa foi a segunda premissa: estabelecer um diálogo institucional construtivo entre Judiciário e Executivo - no caso, mediado, com empenho e maestria, pelo Doutor José Levi do Amaral.

Preciso dizer que uma de minhas preocupações nesse caso e em minha decisão foi não me limitar a uma declaração de princípios, e, sim, empenhar-me para que alguma coisa efetiva fosse feita na maior extensão e da maneira mais célere possíveis. Por essa razão, em parceria com o Doutor Levi, pessoalmente falei com o General Augusto Heleno, do Gabinete de Segurança Institucional; com o Secretário Executivo, General Bastos; com a Ministra Damara Alves, e, anteriormente, havia falado com os Advogados das comunidades indígenas, Doutores Eloi, Daniel e Juliano.

A terceira e última premissa de minha decisão que gostaria de destacar, Presidente, foi estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena, porque

me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões.

A participação das comunidades indígenas, a meu ver, além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da vida, da terra e da cultura deles - também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Presidente, com base nessas três premissas - princípio da precaução e da prevenção, diálogo institucional e diálogo intercultural -, enfrentei os pedidos cautelares formulados na longa, detalhada e especialmente bem formulada petição inicial da IBI e dos partidos políticos.

Passo, Presidente, a expor e defender as medidas cautelares que me parecem bem deferir. É preciso fazer uma distinção - às vezes, não facilmente perceptível - de que havia pedidos cautelares de duas ordens, de duas naturezas. Na primeira categoria, os pedidos voltados à proteção das comunidades indígenas isoladas ou de contato recente - havia pedidos específicos em relação a elas. Os outros pedidos eram em relação às comunidades indígenas em geral. Ao enfrentar os pedidos, também os dividi nessas duas categorias.

Começo pelas medidas cautelares relativas aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente. Em relação a essas comunidades, a medida cautelar determinou a instalação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de pessoas não pertencentes às comunidades indígenas nas áreas a elas demarcadas. Essa foi a primeira e, talvez, a mais importante decisão: a necessidade de instalação de barreiras sanitárias.

Porém, a mim me pareceu bem, em lugar de simplesmente determinar, em uma declaração de princípios que poderia se dissipar sem maiores consequências, a instalação de barreiras sanitárias, determinei à União que apresentasse ela própria, dentro do prazo de dez dias, um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias. Evidentemente, a instalação de

barreiras sanitárias envolve a identificação dos locais de instalação, do pessoal que vai ocupar essas barreiras e dos equipamentos necessários para essa providência.

Não me pareceu dentro da capacidade institucional em medida cautelar do Poder Judiciário fixar todas essas necessidades e demandas. Por essa razão, a opção tomada foi determinar ao Governo Federal que apresentasse um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias.

Aí vem a segunda determinação: um plano que fosse elaborado ouvida a sala de situação. Essa foi a segunda determinação: a criação de uma sala de situação para deliberar acerca da gestão de ações de combate à pandemia, com a participação, evidentemente, da União - Governo Federal e representantes por ele indicados -, mas também de representantes das comunidades indígenas, do Ministério Público - indicado pela Procuradoria-Geral da República - e da Defensoria-Geral da União - um pouco como uma curadoria de grupos vulneráveis. Determinei o acompanhamento por uma assessora do meu Gabinete, e, por indicação e pedido do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, também indiquei a Doutora Maria Thereza Uille Gomes, representando, digamos, institucionalmente, o Poder Judiciário e a comissão específica que existe no Conselho Nacional de Justiça para acompanhamento da questão indígena.

Essas foram as duas principais decisões. Na verdade, foram os dois pedidos e as duas cautelares que concedi: a apresentação de um plano para a instalação de barreiras sanitárias e a constituição de uma sala de situação com essa composição.

A sala de situação foi efetivamente composta. Infelizmente, a primeira reunião teve problema técnicos severos, quando a comunicação foi quase impossível. Determinamos um novo recomeço, digamos assim, em que a plataforma tecnológica funcionou bem e o diálogo e interação foram possíveis - com as divergências próprias, porque se houvesse consenso em relação a tudo, o problema seria muito mais fácil de resolver, não precisaríamos de sala de situação, muito menos de ação judicial.

Há um debate intercultural em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Aí, então, este Juízo deliberará sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades.

A segunda linha de medidas cautelares diz respeito aos povos indígenas em geral.

Presidente, eminentes Colegas, Senhor Advogado-Geral da União, Senhor Procurador-Geral da República, ilustres Advogados que participam deste julgamento, aí vem a questão mais difícil e complexa de todas em relação não só a este julgamento, mas relativamente à questão indígena, à questão ambiental e à questão fundiária no Brasil, que diz respeito à retirada dos invasores.

Disse, com todas as letras, em minha decisão, na ementa e no corpo da decisão, que a remoção de invasores de terras indígenas é medida imperativa, imprescindível e é dever da União. É inaceitável a inação do Governo Federal - não deste, não de um governo específico; de qualquer um e, talvez, de todos até aqui, em alguma medida -, em relação a esse fato: as invasões nas terras indígenas - inclusive porque essas invasões vêm associadas à prática de diferentes crimes ambientais. Não apenas a invasão de áreas demarcadas asseguradas constitucionalmente oferece grave risco às comunidades indígenas, como são para práticas de crimes. Crimes como desmatamento e queimadas - punidos por lei; extração ilegal de madeira e degradação da floresta.

Desmatamento e degradação são primos, mas não são a mesma coisa: desmatamento é retirar ostensivamente toda a vegetação da área, ao passo que degradação é retirar as árvores mais nobres, deixando o remanescente, mas aí a floresta já não consegue mais cumprir sua função ecológica, inclusive preservação das espécies, porque arrancar essas árvores nobres leva à extinção das espécies que elas abrigavam. Não é pequena a consequência da degradação, não é pequena a consequência do desmatamento.

O mundo não nos está olhando horrorizado por acaso. Há consequências para o ciclo da água, para a biodiversidade e para a mudança climática. Espero que o Brasil, por sua sociedade e seu governo, tenha acordado para a importância do papel que representamos para o mundo - com grande atraso, mas não tarde demais. Temos o dever de criar uma economia sustentável, sobretudo para a Amazônia, para que a preservação da floresta valha mais que a ambição de a derrubar. Como observou o pesquisador Beto Veríssimo, o desmatamento dos últimos quarenta anos elevou o produto interno bruto da Amazônia - onde estão a maior parte das comunidades indígenas - em mínimo percentual. Já destruímos quase 20% da floresta sem melhorar a qualidade de vida dos quase 25 milhões de pessoas que vivem naquela região.

Além da extração ilegal de madeira, temos também garimpo e mineração ilegais, que faz com que estados como Roraima sejam os principais exportadores de ouro do Brasil sem produzir nenhum grama, em prejuízo para o meio ambiente e para o País.

Faço a observação de que estas invasões nas terras indígenas se dão para a prática de crimes e, portanto, é importante para a preservação da Amazônia, investir em atividades econômicas alternativas e sustentáveis, para fazer com que a floresta valha mais de pé do que derrubada. Não reprimir esses crimes é gravíssimo, é um crime de lesa-pátria e incentivá-los ultrapassa todos os limites do absurdo.

Quanto à questão da retirada dos invasores, Presidente, disse eu, em minha decisão, sobre essa questão complexa, em relação à qual não quis fazer uma mera declaração de princípios, mas pensar em uma forma de enfrentar efetivamente o problema:

"Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

Entretanto, a situação não é nova, nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de um problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (...)."

Observo que a própria petição inicial registrou que, apenas em uma das sete áreas, havia mais de vinte mil invasores. Não há, infelizmente, como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar e não tive a pretensão de resolvê-lo simplesmente com vontade política, caneta e tinta. É preciso um plano para isso. Digo eu mais, em minha decisão:

"É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui, que segundo narrativa dos próprios requerentes, os autores da ação, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera o risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde de das Forças Armadas - consta da inicial.

Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação imediata da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado

durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos."

Com todo o respeito e consideração aos poderosos argumentos invocados da tribuna, ninguém deve imaginar que se retiram com um estalar de dedos, com uma canetada, vinte mil pessoas - só de uma das sete comunidades. É preciso planejamento, inclusive porque ninguém deseja uma guerra armada dentro da comunidade indígena. É preciso um plano e, possivelmente, uma realocação dessas pessoas, ou a mera retirada - não sei. O que sei, de minha experiência urbana mais do que de áreas de floresta, é que essas desocupações não são singelas, nem podem ser feitas com truculência, pura e simplesmente. Disse eu na decisão:

"Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato."

O cordão sanitário é a medida emergencial que me ocorre mais do que o enfrentamento pela retirada.

Disse eu então, na minha decisão, quanto a esse ponto:

"Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato. "

Sem prejuízo da elaboração de plano de desintrusão! Disse eu: "Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema."

Também aqui, pareceu-me mais adequado um diálogo institucional para que a União conceba, com recursos e cronograma próprios, essa desintrusão.

Não quis, com todo o respeito, alimentar a crença - que considero fantasiosa - de que pudesse ser singela a operação de retirar - se multiplicarmos vinte mil por sete, ou ainda que não fossem tantas pessoas - cinquenta, setenta mil pessoas, que não deveriam estar lá, à força

de uma penada. É preciso planejamento, mas tem que ter planejamento.

Portanto, minha decisão é no sentido de que seja elaborado um plano de desintrusão, e não uma operação militar com risco de conflito e reação, que, de resto, com a entrada de tropas da Força Nacional, das Forças Armadas e da Polícia Federal, para implementar a medida, prejudicaria - assim penso - as comunidades. De resto, foi o único ponto, dentre as cautelares pedidas, que não atendi da maneira que foi pedido, porque acho que, se fosse viável, seria contraproducente.

Quanto aos demais pontos, Presidente, já caminhando para o fim desse voto, atendendo o pedido formulado na inicial, determinei a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. O Subsistema Indígena de Saúde, tal como vinha sendo prestado e interpretado pelo Governo, só era prestado nas comunidades indígenas aldeadas em terras homologadas, demarcadas e homologadas. Não se prestava essa assistência às comunidades indígenas aldeadas em terras não demarcadas ou não homologadas. Tanto a Sesai quanto a Funai limitavam esse atendimento às áreas homologadas, encaminhando, mesmo os aldeados em terras não homologadas, para o Sistema Único de Saúde - SUS, que desconhece as necessidades específicas e peculiaridades culturais desses povos.

Parece-me, com todas as vênias, errada essa posição da Sesai e da Funai, até porque - considero imprescindível essa observação - o Governo, por decisão política do Presidente - a meu ver, contestável em face da Constituição -, tem afirmado que não homologará sequer mais um centímetro de terra indígena - o que não é, com todas as vênias, uma questão de política discricionária, é uma questão de cumprimento da Constituição. Onde estejam preenchidos os requisitos constitucionais, esse é um ato vinculado.

Seja como for, havia aí uma contradição. Se o Governo não pretende homologar mais nenhuma área indígena e diz que, mesmo os aldeados em área homologada não receberão tratamento médico, a contradição era visceral e, portanto, a mim pareceu por bem estender o atendimento do Sesai também às comunidades aldeadas, ainda que em terras não homologadas.

Esse foi, então, o segundo item da cautelar deferida genericamente para todas as comunidades.

Ainda, Presidente, quanto aos indígenas não aldeados, ou seja, que vivem nas cidades, portanto, de certa forma, aculturados na área urbana, determinei que o Sistema Indígena de Saúde os atendessem, caso não tivessem acesso ao Sistema Único de Saúde. De novo, procurei proferir decisão que fosse equilibrada e pragmática.

Como a decisão já estendia aos índios não aldeados o acesso ao Sistema Indígena de Saúde, o que trará, como o Doutor Levi disse, sobrecarga ao Sistema, pareceu-me que, em medida cautelar, neste juízo provisório, os integrantes das comunidades indígenas que vivem na cidade, em áreas urbanas, fossem atendidos pelo Sistema Único de Saúde e, em faltando o sistema geral, aí sim, pelo sistema específico dos indígenas.

Para ser sincero, o que me pareceu ser o caso real aqui foi não impor uma sobrecarga que o sistema poderia não suportar. Não é nem que ache que os índios que vivem na cidade, que se urbanizaram, não possam ou não devam ter acesso a sistema específico, mas, neste momento, achei que poderia ser uma sobrecarga excessiva e, por essa razão - sempre lembrando que estamos em juízo cautelar, ainda virá uma decisão definitiva -, pesando essas circunstâncias, estabeleci esse limite.

Por fim, Presidente, a última decisão foi a determinação de elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da covid-19, para os povos indígenas brasileiros, pela União, no prazo de trinta dias, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do grupo de trabalho indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, e participação do Ministério Público, Defensoria Pública e - após o Presidente Toffoli indicar representante do Conselho Nacional de Justiça para também participar do processo - Conselho Nacional de Justiça, além de uma representante do meu próprio gabinete.

Presidente, esta é a medida que trago à ratificação e que resumo da seguinte forma: quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento de contato recente, determinei a instalação de barreiras sanitárias e de sala de situação, com a participação das comunidades indígenas, do Ministério Público, da Defensoria Pública-Geral da União, do CNJ, do gabinete e de técnicos que a própria sala de situação venha a convocar.

Com relação aos povos indígenas em geral, no tocante à retirada dos invasores,

determinei providência emergencial de um cordão sanitário de isolamento e a elaboração de um plano de desintração, que me pareceu pertinente determinar fosse elaborado em dez dias, prazo que estava dando para a medida cautelar.

Relativamente ao acesso dos índios aldeados em áreas não homologadas, determinei a extensão dos serviços específicos para indígenas. Em relação aos que estão em área urbana, determinei a extensão desses serviços específicos se o Sistema Único não os puder atender.

Considero muito importante a elaboração e monitoramento de um plano elaborado por grupo de trabalho no âmbito do Governo Federal. Como disse, um plano emergencial para os isolados e de contato recente foi apresentado nos últimos dias da semana passada; hoje vieram as manifestações, e, agora, vou apreciar os resultados e as ações propostas pelo Governo, para homologar um plano ou para determinar alguma complementação ou medida diversa, após ler as manifestações de todos os interessados que chegaram até o dia de hoje.

Presidente, é como estou encaminhando, pedindo aos eminentes Colegas, pelas razões que expus, a ratificação da medida cautelar concedida.

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

Determinação de criação de *barreiras sanitárias*, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria- Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

Determinação de elaboração e monitoramento de um *Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida.

ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO

I. LEGITIMIDADE ATIVA DA APIB E DOS DEMAIS REQUERENTES

Reconheço a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX). É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou a configuração de “entidades de classe” àquelas representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. Trata-se, contudo, de entendimento que integra aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva do STF, formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, quando se temia que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse ensejar um grande aumento do volume de casos do controle concentrado.

Tal temor não se confirmou, e a referida interpretação acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos (que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada. Dificultou, portanto, a atuação do STF naquela que é uma das funções essenciais de uma Corte Constitucional. Por isso, entendo ser o caso de superar tal interpretação restritiva do conceito de “classe”, que além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do Tribunal. Como já tive a oportunidade de afirmar, reconheço como classe “*o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem*”. Em sentido semelhante: ADPF 527, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 02.07.2018; e ADI 5291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2015[1].

Vale observar, ademais, que a Constituição assegurou aos indígenas a representação judicial e direta de seus interesses (CF, art. 232), bem como o respeito à sua organização social, crenças e tradições (CF, art. 231). Por essa razão, entendo, ainda, que o fato de a APIB não estar constituída como pessoa jurídica não é impeditivo ao reconhecimento da sua representatividade. Não se pode pretender que tais povos se organizem do mesmo modo que nos organizamos. Assegurar o respeito a seus costumes e instituições significa respeitar os meios pelos quais articulam a sua representação à luz da sua cultura.

Os demais requerentes são Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, de modo que também detêm legitimidade ativa para a causa.

PRECEITO FUNDAMENTAL, ATO DO PODER PÚBLICO E SUBSIDIARIEDADE

A ação em exame também atende aos demais requisitos de admissibilidade. Nesse sentido, a alegação de violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231), enquadra-se como ameaça de violação a *preceito fundamental*, conforme doutrina e

jurisprudência sobre a matéria[2]. A ação volta-se contra um conjunto de atos comissivos e omissivos, normativos e concretos, *praticados pelo Poder Público*, de natureza heterogênea, já indicados acima. Tais atos e os pedidos veiculados pelos requerentes só poderiam ser apreciados, em seu conjunto, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não há outra ação direta que comporte tal objeto. E há necessidade de que se produza uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Judiciário e para a Administração Pública. Está presente, portanto, a exigência de *subsidiariedade* da ação.

PREMISSAS DA DECISÃO

Antes de passar ao exame da cautelar, entendo ser importante explicitar as premissas de que parte essa decisão para evitar equívocos quanto à sua interpretação. Ela observa três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

No que respeita aos *princípios da precaução e da prevenção*, é importante frisar que se alega, na inicial, um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que as decisões judiciais devem pautar-se por tais princípios. Em caso de dúvida, devem-se adotar as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta (CF, arts. 196 e 225)[3]. Nesse sentido: ADPFs 668 e 669, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.03.2020; ADI 5.592, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.09.2019; ADI 4.066, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; RE 627.189, rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

É válido registrar, ainda, que se tem verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas. De fato, a imprensa atribui ao atual Presidente da República as seguintes declarações: “*Não entro nessa balela de defender terra para índio*”; “[*reservas indígenas*] *sufocam o agronegócio*” (Campo grande News, 22.04.2015); “*Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar Fuzil e armas a todos os fazendeiros*” (No Congresso, 21.01.2016) “*Se eu assumir [a*

presidência do Brasil não terá mais um centímetro quadrado para terras indígenas” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); *“Reservas Indígenas inviabilizam a Amazônia”* (Revista *Exame*, 13.02.2020). esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever do cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos.

Por outro lado, há importantes registros acerca da atuação das Forças Armadas, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas, bem como de sua atuação, em parceria com o Ministério da Saúde, na atenção médica a tais povos[8]. Há, igualmente, referências à atuação das Forças Armadas em operações de contenção de mineiros ilegais, bem como de criação de barreiras sanitárias fluviais em apoio à Fundação Nacional do Índio - FUNAI[9]. Há, ainda, relatos do Ministério da Justiça, quanto a ações da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal no combate a ilícitos, bem como quanto à atuação da Força Nacional de Segurança Pública em medidas de contenção de contágio, na proteção de unidades da FUNAI, na contenção de invasões, em operações de desintrusão de invasores[10]. Há, por fim, inúmeras iniciativas e ações do Ministério da Saúde. Não se pode negar o esforço de tais órgãos no enfrentamento da questão indígena.

No que respeita à necessidade de *diálogo institucional*, a presente decisão cautelar – em virtude de sua urgência – é proferida com base em informações inevitavelmente incompletas. As medidas requeridas implicam, ademais, a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação. Demandam a tomada de posição sobre temas a respeito dos quais as capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal podem ser limitadas. Nesse sentido, é imprescindível que se estabeleça uma interlocução entre os distintos órgãos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, para que se busque, tanto quanto possível, uma solução consensual para o problema posto por essa ação.

Finalmente, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas *com a sua participação*[11]. Como já observado, cada comunidade tem suas particularidades, circunstâncias e cultura próprias. É imprescindível que tais povos possam expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções. Por essa razão, toda e qualquer decisão que envolva povos indígenas deve assegurar também um *diálogo intercultural*.

Nesse sentido, esse relator buscará, tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção.

EXAME DOS PEDIDOS DE CAUTELAR

I. CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO E DOS POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO

Povos indígenas em isolamento voluntário (ou povos indígenas não contactados) são aqueles que, por escolha própria, não desejam ter contato constante com a sociedade envolvente. Povos indígenas de recente contato (ou povos indígenas de contato inicial) são aqueles que têm relações embrionárias e incipientes com a sociedade envolvente e que, por conseguinte, dispõem de baixa compreensão de seu idioma, códigos e costumes[12]. Quanto a tais povos, os requerentes postulam o deferimento de medidas cautelares determinando: (i) a instalação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de pessoas que não pertençam às suas comunidades; e (ii) a implementação de Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões a respeito da proteção de tais povos. Requerem, ainda, que tal sala conte com representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas (estes indicados pela APIB).

BARREIRAS SANITÁRIAS

Como já mencionado, a Constituição de 1988 assegura aos povos indígenas o direito à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231). Na mesma linha, a Convenção 169 da OIT, vinculante para o Brasil, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º). Veja-se o teor dos referidos dispositivos:

“Artigo 2º

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.

Artigo 4º

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.

Tais medidas especiais **não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.**

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e **protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais** próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

deverá ser **respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições** desses povos;

deverão ser adotadas, **com a participação e cooperação dos povos interessados**, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

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. [...]”. (Grifou-se)

No que respeita aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, a opção pelo não contato decorre de seu direito à autodeterminação e constitui uma forma de preservar

a sua identidade cultural e as suas próprias organizações, usos, costumes e tradições[14]. Nessa medida, o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito. Tais povos têm direito ao isolamento e o Estado tem o dever de assegurá-lo[15].

Mas não é só. Na atual situação, em que há uma pandemia em curso, os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso ocorre em razão das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural já narradas. Por essa razão e de acordo com diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH, a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às suas terras. Confira-se:

DIRETRIZES DO ALTO COMISSARIADO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA (OACNUDH)

“Povos Indígenas

Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas têm um conceito diferente de saúde, que inclui a medicina tradicional, e devem consultar e considerar o consentimento prévio e informado desses povos, com vistas a desenvolver medidas preventivas para interromper o COVID-19.

Os Estados devem impor medidas que regulem o acesso de todas as pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com as populações envolvidas, especialmente com suas instituições representativas.

Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. Barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar qualquer contato”.

RESOLUÇÃO Nº 1/2020 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS (CIDH)

“Povos Indígenas

Proporcionar informações sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecer sempre que possível facilitadores

interculturais que lhes permitam entender claramente as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia.

Respeitar de forma irrestrita o não contato com as cidades e segmentos de cidades indígenas em isolamento voluntário, dados os impactos muito sérios que o contágio do vírus pode representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

Tomar medidas reforçadas para proteger os direitos humanos dos povos indígenas no marco da pandemia da COVID-19, levando em consideração que esses grupos direito de receber cuidados de saúde culturalmente relevantes que levem em consideração cuidados preventivos, práticas de cura e medicamentos tradicionais”. (Grifou-se)[16]

Embora tais diretrizes não sejam vinculantes, na presente situação de incerteza técnica e científica sobre as medidas adequadas ao enfrentamento de uma pandemia de proporções inéditas, ou sobre a forma de proteger os povos indígenas, essas orientações constituem *standards* objetivos e internacionais sobre a matéria, oferecidos por organizações de reconhecida expertise. Devem, por isso, ser levados em conta. Além disso, a própria Advocacia-Geral da União reconhece a necessidade de assegurar o isolamento de tais povos, mencionando, em suas informações, a edição de norma que suspendeu o ingresso de terceiros em seus territórios. Todavia, não cita a criação de barreiras sanitárias como medida adotada para tornar efetiva tal proibição.

Já as informações do Ministério da Defesa fazem referência à criação de algumas barreiras sanitárias fluviais, em apoio a ações da FUNAI. Não há, contudo, notícia de um planejamento de criação de barreiras como medida de proteção aos povos em isolamento e de contato recente. A mera existência da norma é insuficiente para que se alcance tal fim, conforme narrativa da APIB. Assim, com base nos argumentos já invocados, nas próprias informações prestadas pela AGU e, ainda, nos princípios da prevenção e da precaução, entendo cabível a criação de barreiras sanitárias que vedem a entrada e a saída do território de povos indígenas em isolamento e de recente contato.

Reconheço, ainda, a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de contenção do ingresso em tais terras.

Entretanto, os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua

localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.

Diante do exposto, **defiro a criação de barreiras sanitárias**, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. O plano deverá ser homologado pelo juízo.

SALA DE SITUAÇÃO

Com relação à Sala de Situação, afirma-se que se trata de decisão política a ser tomada pelo Presidente da República, e que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tal juízo, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes. Constata-se, contudo, que a criação de Sala de Situação para a gestão da epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, encontra-se prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde. Confira-se:

PORTARIA CONJUNTA Nº 4.094/2018, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DA FUNAI

“Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente a promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.” (Grifou-se)

Portanto, existe norma federal reconhecendo a necessidade de criação da Sala de Situação e disciplinando a medida. Nessas condições, não há que se falar em interferência do Judiciário sobre Políticas Públicas, mas, sim, em mera implementação judicial de norma federal que não está sendo observada pelo Poder Executivo.

Os requerentes postulam, ainda, que participem da Sala de Situação: representantes dos povos indígenas, um membro do Ministério Público Federal e um membro da Defensoria Pública da União. Os primeiros, para que haja participação indígena nos processos decisórios que envolvem a proteção à sua saúde. Os outros dois para assegurar o efetivo funcionamento do órgão, dada a resistência manifestada pela União. O pleito de participação indígena tem respaldo na Convenção 169 da OIT, norma com status supralegal, que estabelece que: (i) os serviços de saúde devem ser planejados e administrados em cooperação com os povos indígenas; e (ii) o Estado deve assegurar a existência de instituições e mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam tais povos[17]. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT:

“Artigo 25

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.

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. [...].

Artigo 33

A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se **assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.**

Tais programas deverão incluir: a) **o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados,** das medidas previstas na presente Convenção; [...]" (Grifou-se)

Nota-se, assim, que a participação de representantes dos povos indígenas no planejamento e na execução dos programas de saúde voltados às suas comunidades constitui direito reconhecido por norma com status supralegal, aprovada pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República. Portanto, também aqui a questão não é de interferência do Poder Judiciário em matéria de política pública. Trata-se, mais uma vez, de fazer cumprir norma que deixou de ser observada pelo Executivo[18].

Tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis.

Não há dúvida de que existem múltiplas ações em curso. Entretanto, tais ações precisam ser coordenadas e precisam ser complementadas por medidas que não estão em curso. **A criação sistemática de barreiras de proteção aos povos em isolamento e de contato recente não está em curso. A assistência à saúde dos inúmeros povos indígenas localizados nas muitas terras indígenas ainda pendentes de homologação não está em**

curso, o que os coloca sob risco de perecimento. Esses pontos só estão sendo percebidos porque os indígenas puderam se manifestar. Está claro, portanto, que tais povos, desde seu ponto de vista, são capazes de identificar providências e medidas, que, se ausentes, podem constituir um obstáculo para a efetividade das ações de saúde já pensadas pela União. Não basta que as ações sejam rápidas. É preciso que sejam eficazes. Portanto, deve-se buscar maior celeridade, mas a participação indígena é indispensável.

Por fim, a Convenção prevê que o Poder Público deve assegurar os meios necessários para que as instituições responsáveis pela administração de programas no interesse de tais comunidades funcionem adequadamente. Essa norma parece acolher o pleito de participação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, que poderão apoiar os representantes dos povos indígenas. A Defensoria por seu papel na defesa dos necessitados (CF, art. 134). E o Ministério Público por seu papel de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, V), tendo inclusive uma Câmara especializada na matéria, cuja expertise será relevante para o presente processo.

Por tais fundamentos, e com base nos princípios da precaução e da prevenção, reconheço a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação. O perigo na demora está indiscutivelmente presente, pelas razões já apontadas. A sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório. Tais membros deverão ser designados, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificação, correios eletrônicos e telefones para contato.

As entidades devem assegurar que os representantes disponham, ao menos, de adequado acesso à internet, que permita a sua participação. A primeira reunião virtual da Sala de Situação deverá ser convocada pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo. A convocação deverá indicar: (i) a data da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação; (ii) seus horários; (iii) *link* e senha para plataforma virtual de acesso (ou, conforme a plataforma utilizada, com a antecedência possível); (iv) a autoridade responsável por presidir a reunião; (v) o contato telefônico e o nome de 2 autoridades da União responsáveis pela facilitação técnica do acesso de todos à sala virtual, caso haja qualquer dificuldade tecnológica.

Nesses termos, **defiro a cautelar, para a constituição de Sala de Situação**, nas condições explicitadas acima.

CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM GERAL

No que respeita aos povos indígenas em geral, os requerentes pedem o deferimento de medidas cautelares: (i) de retirada de invasores de 7 terras indígenas que consideram as mais críticas; (ii) de extensão dos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas do Brasil; (iii) de atribuição ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) da tarefa de elaborar um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com participação de representantes dos povos indígenas e auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

I.1. RETIRADA DE INVASORES

Os requerentes esclarecem que aqueles grupos cuja retirada é postulada encontram-se nas terras indígenas indicadas acima ilegalmente, para a prática de atividades ilícitas, como desmatamento, extração de madeira e garimpo ilegal. Não se trata de meros posseiros. Argumentam que constituem grupos armados, que forçam contato com as tribos, praticam violência contra os seus membros e representam vetores de contágio de doenças. Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

Entretanto, a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de

20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar a questão, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (*infra*), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato.** A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. **Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema.**

I.2. EXTENSÃO DOS SERVIÇOS DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA DO SUS A TODOS OS INDÍGENAS NO BRASIL

Os requerentes alegam que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e a FUNAI limitaram o atendimento do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas homologadas, recusando atendimento: (i) aos indígenas urbanos (não aldeados), que são remetidos ao SUS normal, desconhecedor das suas necessidades específicas e peculiaridades culturais; bem como (ii) aos indígenas aldeados,

residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público.

A Advocacia-Geral da União afirma que a atuação da SESAI e do Subsistema de Saúde Indígena é complementar ao SUS; que a SESAI não tem capacidade operacional para atender, além dos indígenas aldeados, também os indígenas urbanos; que tais indígenas não aldeados já estão cobertos pelo SUS; e que, portanto, trata-se de escolha razoável de política pública a decisão sobre o alcance do Subsistema de Saúde Indígena em tais termos. Por essa razão, a interferência do Poder Judiciário na matéria implicaria, mais uma vez, violação ao princípio da separação dos Poderes.

As informações da Controladoria-Geral da União e da SESAI parecem sugerir que a não homologação de terras indígenas torna duvidosa a identidade do grupo como povo indígena, razão pela qual também tais grupos deveriam ser remetidos ao SUS comum[19]. No ponto, afirmam, ainda, que a responsabilidade da União pela prestação de serviços de saúde é compartilhada com Estados e Municípios.

I.2.1. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas Aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas

É inaceitável a postura da União com relação aos povos indígenas aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas. A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT “Art. 1º. [...].

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

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**. [...].

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”. (Grifou-se)[20]

Além disso, trata-se, como já mencionado, de um estado de coisas em que o Chefe do Executivo declarou que não demarcaria ou homologaria mais 1 cm de terra indígena durante seu mandato. Nessas condições, portanto, tais indígenas têm todos os seus direitos negados. Recusam-lhes seu direito ao território, a seus recursos naturais, à sua cultura e à subsistência tradicional. Como se não bastasse, o Estado nega-se, ainda, a prestar-lhes serviço de assistência à saúde, em meio a uma pandemia mundial, que já matou mais de 60.000 brasileiros, *expondo-os a risco de extermínio*. A alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender.

Em vista da manifesta verossimilhança do direito alegado e do perigo na demora de seu atendimento, **defiro a cautelar para determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde** aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

1.2.2. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas localizados em Área Urbana (não aldeados)

No mesmo sentido, povos indígenas localizados em zona urbana também constituem povos indígenas e, nessas condições, gozam dos mesmos direitos que todo e qualquer povo indígena. O fato de se localizarem em área urbana pode se dever: (i) ao avanço das cidades, (ii) à necessidade de deslocamento de lideranças, (iii) à busca de escolas ou de empregos, entre outros. A mera residência em área urbana não torna o indígena aculturado, tampouco implica

a inexistência de necessidades, cultura e costumes particulares.

A questão não constitui uma opção de política pública, efetuada com base em juízo de discricionariedade técnica da autoridade, como alegado pela Advocacia-Geral da União. Trata-se de decisão que viola norma supralegal reguladora dos critérios para reconhecimento dos povos indígenas e seu direito ao atendimento específico (Convenção 169 da OIT, art. 1º, 1). Afronta, ainda, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a atenção à saúde dos indígenas e assegura a todos eles serviços especializados que levem em conta a sua realidade local e a sua cultura. Veja-se:

LEI Nº 8.080/1990:

“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 nº 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-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”.** (Grifou-se)

Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado. Por outro lado, a AGU afirma que a extensão do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas urbanos excede as suas

capacidades e gerará precarização do serviço, podendo comprometer o atendimento dos indígenas aldeados, que não dispõem da alternativa de recorrer ao SUS geral.

Muito embora a AGU não traga elementos de prova que evidenciem a alegação, o fato é que, em virtude da presente decisão, o Subsistema deverá passar a atender, de imediato, aos povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas, que não eram alcançados por seus serviços e que possivelmente não tinham alternativa de acesso ao SUS geral. Precisar, portanto, passar por uma considerável readequação, que tende a absorver parte significativa da sua capacidade institucional. Entendo, portanto, que há perigo na demora inverso no deferimento imediato da cautelar.

Entretanto, indígenas urbanos que por qualquer razão não tenham condições de acesso ao SUS geral fazem igualmente jus ao atendimento pelo Subsistema Indígena de Saúde ou a medidas que assegurem o acesso ao SUS geral ao menos provisoriamente.

Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral.** Indefiro, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos. Determino, contudo, que o plano objeto do próximo tópico avalie a viabilidade de tal extensão e a considere.

I.3. ELABORAÇÃO E MONITORAMENTO DE PLANO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19 PARA OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Os requerentes pedem, ainda, o deferimento de medida cautelar que determine a elaboração e o monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros. Afirmam que não desconhecem o “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas” (doc. 46), mas que ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades. Observam, ainda, que o Plano não contou com a participação de comunidades indígenas em sua formulação.

Alegam que a tarefa deve ser atribuída ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), órgão independente, composto por representantes do Estado e da sociedade civil, ao qual compete, entre outras atribuições: (i) a promoção das medidas necessárias à prevenção, repressão, sanção e reparação de condutas e situações contrárias aos direitos humanos, inclusive os previstos em tratados e atos internacionais ratificados no País; (ii) a elaboração de diretrizes para a efetivação da política nacional de direitos humanos; (iii) a produção de recomendações a entidades públicas e privadas envolvidas com a proteção dos direitos humanos; bem como (iv) a articulação com órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais encarregados da proteção e defesa dos direitos humanos (art. 4º da Lei 12.986/2014). Informam que o órgão dispõe, ainda, de comissão permanente com finalidade específica de atuar na defesa dos povos indígenas, com expertise no tema. Requerem, ademais, que, na elaboração do plano, participem 6 representantes dos povos indígenas, sendo 3 indicados pela APIB e 3 indicados pelos CONDISI. Postulam, por fim, que se requeira o apoio das equipes pertinentes da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), na qualidade de consultores *ad hoc*, sem remuneração (art. 8º, § 5º, Lei nº 12.986/2014).

A competência para a formulação de um plano de tal natureza assiste, em princípio, à União. A criação, implementação e o monitoramento da execução de tal plano possivelmente envolve órgãos, autoridades e expertises que não necessariamente participam do Conselho. Por outro lado, as competências do Conselho são absolutamente compatíveis com a formulação e o monitoramento de tal plano. Os povos indígenas têm indiscutível direito à participação na decisão, implementação e controle das ações de saúde que lhes são destinadas, como já demonstrado. E não parece haver óbice a que se ouça a Fundação Oswaldo Cruz e o Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO.

Diante do exposto, tendo em vista a necessidade de assegurar diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, entendo que é o caso de atribuir à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*. Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da

viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.

Por todo o exposto, **defiro parcialmente a cautelar para determinar à União que formule, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas**, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.

II. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS

Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator:

QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO:

Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando- se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:

indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.

Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. Assinala-se, ainda, que a implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pela ratificação das cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III).

Notas:

[1] No mesmo sentido, na doutrina: Daniel Sarmento. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: *Direitos, Democracia e República*: escritos de direito constitucional, 2018, p. 79-90; Alexandre Costa; Juliano Zaiden Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (*working paper*), p. 1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>; Rodrigo Brandão; Daniel Capecchi Nunes. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196; Alonso Freire. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? In: Daniel Sarmento (org). *Jurisdição constitucional e política*, 2015, p. 591-640; Carina Lellis. Diálogos Sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado da constitucionalidade. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. *A Constituição brasileira de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*, 2018.

[2] Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2019, p. 360-366.

[3] V., a respeito, sobre princípios da prevenção e da precaução e deveres de proteção ecológica por parte do Estado: Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. *Direito constitucional ecológico*, 2019, p. 388-401.

[4] Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-oab-so-defende-bandido-e-reserva-indigena-e-um-crime>. Acesso em 06.07.2020.

[5] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jUgDXVbPHZs>. Acesso em 06.07.2020.

[6] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sju-bpj0x-E>. Acesso em 06.07.2020.

[7] Disponível em <https://exame.com/brasil/bolsonaro-diz-que-reservas-indigenas-inviabilizam-a-amazonia/>. Acesso em 06.07.2020.

[8] Entre as terras indígenas e localidades alcançadas pelas ações das Forças Armadas estão: Barata Livramento; Boqueirão; Pium; Raimundão; Jacamim; Manoa/Pium; Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM; Yauaretê, Querari, São Joaquim e Maturacá (AM); Atalaia do Norte, Palmeiras do Javari, Polo Base Itacoai, Polo Base São Luís (AM); Auaris, Waikás e Surucucu (Yanomâmi); Ticoça, Flexal e Maturuca (Raposa Serra do Sol); bem como Belém/PA; Santarém/PA; Itaituba/PA; Altamira/PA; Marabá/PA; Novo Progresso/PA; Xikrin do Rio Catete/PA; Trincheira Bacaja/PA; Trocará/PA, Barreirinha/PA, Oiapoque/AP e São Luís/PA.

[9] Segundo informações do Ministério da Defesa, houve a criação de barreiras fluviais nos seguintes locais: Borba/AM, Maués/AM, Parintins/AM, Barreirinha/AM, Aveiro/AV e Itaituba/AV, Terras Indígenas de Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM.

[10] Segundo Informações do Ministério da Justiça, as operações da Força Nacional de Segurança tiveram por objeto: a Terra Indígena Vale do Javaeri/AM, a Terra Indígena Apyterewa e a Terra Indígena Yanomami, entre outras. As informações indicam terras em que não foi possível intervir por falta de efetivo e observam que a atuação da Força Nacional tem a sua atuação condicionada à solicitação de Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Ministro de Estado (art. 4º do Decreto 5.289/2004).

[11] V. Convenção OIT 169, artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, “c”; 6º, 1, “a” e “b”; art. 7º, 1.

[12] Portaria Conjunta nº 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da FUNAI: “Art. 2º “Para os fins desta portaria adotam-se as seguintes definições: I - Povos Indígenas Isolados: povos ou segmentos de povos indígenas que, sob a perspectiva do Estado brasileiro, não mantém contatos intensos e/ou constantes com a população majoritária, evitando contatos com pessoas exógenas a seu coletivo; e II - Povos Indígenas de Recente Contato: povos ou agrupamentos indígenas que mantêm relações de contato ocasional, intermitente ou permanente com segmentos da sociedade nacional, com reduzido conhecimento dos códigos ou incorporação dos usos e costumes da sociedade envolvente, e que conservam significativa autonomia sociocultural”.

[13] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece: “Os povos indígenas têm direito à **autodeterminação**” (artigo 3); “1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, [...]” (art. 31). Também a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, **os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais**; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas” (artigo VI); “Os povos indígenas, no exercício de seu **direito à livre determinação**, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas” (artigo XX).

[14] Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “Artigo XXVI. Povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial. 1. Os povos indígenas em **isolamento voluntário** ou em contato inicial têm **direito a permanecer nessa condição e a viver livremente e de acordo com suas culturas**. 2. Os Estados adotarão políticas e medidas adequadas, com o conhecimento e a participação dos povos e das organizações indígenas, para reconhecer, **respeitar e proteger as terras**, territórios, o meio ambiente e as culturas desses povos, bem como sua vida e integridade individual e coletiva”. (grifou-se).

[15] No mesmo sentido, confirmam-se as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Gran Chaco e da Região Oriental do Paraguai, produzidas pela Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH): “47. O respeito e a garantia do direito à autodeterminação devem ser interpretados de maneira diferente para os povos indígenas em isolamento e para os povos indígenas em contato inicial do que significa no contexto dos direitos dos povos indígenas, em vista da a situação específica dessas cidades. **Para os povos indígenas isolados, a garantia do direito à autodeterminação se traduz no respeito pela decisão de permanecerem isolados**, sem que isso implique que a situação desses povos não possa evoluir em relação ao seu desejo ou necessidade. para estabelecer contato a tempo. 48. **O respeito pela decisão de permanecer em isolamento envolve a tomada de medidas efetivas para impedir que pessoas de fora ou suas ações afetem ou influenciem, acidental ou intencionalmente, pessoas pertencentes a grupos indígenas isoladamente**” (grifou-se). Disponível em: <https://acnudh.org/load/2019/07/015-Diretrizes-de-Protecc%C3%B3n-para-los-Pueblos-Ind%C3%ADgenas->

en-Aislamiento-y-en-Contacto- Inicial-de-la-Regi%C3%B3n-Amaz%C3%B3nica-el-Gran-Chaco-y-la-Regi%C3%B3n-Oriental-de-Paraguay.pdf. Acesso em 06.07.2020.

[16] Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 06.07.2020.

[17] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm o direito de **determinar e elaborar prioridades e estratégias** para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de **participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde**, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições” (artigo 23).

[18] Na mesma linha, o artigo 33, 1, da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento, conforme a seus costumes e tradições”.

[19] No mesmo sentido, Nota de Esclarecimento da SESAI (doc. 43): “A própria Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas há décadas estabelece ‘a adoção de um modelo complementar e diferenciado de organização dos serviços – voltados para a proteção, promoção e recuperação da saúde, que garanta aos índios o exercício de sua cidadania nesse campo, **deve ocorrer nas terras indígenas** de forma a superar as deficiências de cobertura, acesso e aceitabilidade do Sistema Único de Saúde para essa população” (grifos do original).

[20] Em termos semelhantes, v. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: “Os povos indígenas têm **o direito de determinar sua própria identidade ou composição** conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem” (artigo 33.1), grifou-se. Cf., ainda, a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “**As pessoas e comunidades indígenas têm o direito de pertencer a um ou a vários povos indígenas, de acordo com a identidade**, tradições, costumes e sistemas de pertencimento de cada povo. Do exercício desse direito não pode decorrer discriminação de nenhum tipo” (artigo VIII), grifou-se.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente, Ministro Luiz Fux. Cumprimento a Ministra Rosa, os Ministros, também cumprimento o Doutor Humberto Jacques de Medeiros, nosso Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

Início parabenizando e cumprimentando todas as sustentações orais que foram realizadas na segunda-feira, que trouxeram importantíssimas contribuições. Cumprimento o Doutor José Levi, Advogado-Geral da União, Doutora Gabriela Araújo Pires, Doutora Julia Melo Neiva, Doutor Pedro Sérgio, Doutor Paulo Machado Guimarães, Doutor Luiz Henrique Eloy, Doutor e Professor Daniel Sarmiento, Doutora Juliana de Paula Batista. Espero não ter esquecido ninguém, porque a tela está extremamente congestionada.

Faço questão também de, antes de iniciar propriamente o meu voto, cumprimentar o eminente Ministro-Relator Luís Roberto Barroso pelo detalhado voto, mesmo em se tratando de uma medida liminar - o referendo é em medida liminar -, os dados trazidos e as importantes colocações realizadas.

Faço, Presidente, um rapidíssimo resumo, até porque a sessão foi suspensa segunda-feira. Estamos tratando aqui de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, APIB; pelo PSB, Partido Socialista Brasileiro; pelo P-SOL, Partido Socialismo e Liberdade; pelo PCdoB, Partido Comunista do Brasil; pela Rede Sustentabilidade; pelo Partidos dos Trabalhadores, PT; e pelo Partido Democrático Trabalhista, PTB.

A ação, como já salientado pelo eminente Ministro-Relator, tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do poder público relacionados ao combate à gravíssima pandemia por covid-19. Lamentavelmente, já passam dos 96 mil os mortos somente no Brasil. E são mais 2,1 milhões de brasileiros e brasileiras já contagiados pelo covid-19. E aqui, como também o fizeram, na segunda-feira, o nosso Presidente e o Ministro-Relator, também me solidarizo com todas as famílias das mais de 95 mil vítimas do covid-19.

A ação tem exatamente por objeto esse conjunto de atos comissivos e omissivos relacionados à pandemia, ao combate à pandemia, atos esses que implicariam um alto risco de contágio e extermínio de diversos povos indígenas, relacionado diretamente à ação da pandemia aos povos indígenas.

Nas alegações iniciais, coloca-se a violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida, à saúde, bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território de acordo com suas culturas e tradições, conforme diz a Constituição Federal no art. 231.

Os requerentes alegam que o contágio e a expansão da pandemia por covid-19 estariam ocorrendo em maior velocidade entre os povos indígenas, porque essas comunidades reuniriam componentes que a tornam mais vulneráveis. Citam - também aqui, repito rapidamente, porque houve detalhado relatório do eminente Ministro-Relator - que esses componentes dariam uma diferença em relação ao contágio e expansão: a maior vulnerabilidade imunológica, porque historicamente as comunidades indígenas são mais suscetíveis às doenças infectocontagiosas - está bem detalhado perante essa ADPF.

Tradicionalmente, têm menor exposição a tais patologias; à vulnerabilidade sociocultural, a qual é muito ressaltada não só na inicial, mas nos pareceres e estudos, porque o modo de vida tradicional das comunidades indígenas geralmente é marcado com um intenso contato comunitário, onde se realiza um compartilhamento maior de habitações e utensílios

em relação às demais sociedades. E, principalmente - e aqui é exatamente a função contramajoritária a que a Suprema Corte deve estar sempre atenta -, à vulnerabilidade política dos povos indígenas, por serem grupos minoritários que têm uma menor representação política-econômica que possa defendê-los, principalmente em momentos gravíssimos, como o da pandemia do covid-19.

Com base nesses argumentos, resumidamente aqui lembrados, pede-se, em sede cautelar, que a União tome imediatamente diversas medidas, que sejam instaladas e mantidas as barreiras sanitárias para a proteção das terras indígenas onde estão localizados os povos indígenas isolados e de recente contato. A inicial da ação transcreve quais são essas comunidades indígenas.

Foi solicitado também ao eminente Ministro-Relator que a União providenciasse, de imediato, efetiva instalação de uma sala de situação para possibilitar, de forma compartilhada, inclusive com a participação das comunidades indígenas, o combate à pandemia; que fossem tomadas imediatas medidas para retirada dos invasores em determinadas terras indígenas, inclusive pedem os autores, os requerentes, se necessário for, o auxílio das Forças Armadas.

Ainda em relação à relação direta com a pandemia, há o pedido de que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devam ser imediatamente prestados a todos os indígenas, inclusive aos denominados não aldeados, aqueles indígenas urbanos ou aqueles que habitam áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas, que é outra questão essencial.

Por fim, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, com o auxílio de diversas e competentes equipes, a Fundação Oswaldo Cruz, Saúde Indígena, com a participação de representantes dos povos indígenas, elabore um plano de contingenciamento e de combate a essa pandemia.

Presidente, após esse breve resumo e também para maior celeridade dos nossos trabalhos, em relação à admissibilidade da ação, tanto em relação à legitimidade, quanto à presença da necessária subsidiariedade que sempre deve ser analisada nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator sem a necessidade de nenhum acréscimo às bem lançadas razões e fundamentações de Sua Excelência.

Quanto ao mérito - e aí início também de forma sucinta -, mediante uma séria análise

médica, científica, não há nenhuma dúvida do maior risco, um risco iminente, um risco gravíssimo à vida e à saúde dos povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por covid-19.

Obviamente esse risco iminente, esse risco gravíssimo não é só relacionado à ideia ou ao próprio modo de vida das comunidades indígenas, mas, como foi muito bem ressaltado pelo eminente Ministro-Relator, há elementos diversos, diferenciais que demonstram um risco maior. Consequentemente, nessas hipóteses, compete ao Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua função jurisdicional, no exercício da jurisdição constitucional, efetivar uma real proteção às comunidades indígenas, adotando as medidas mais protetivas, mais seguras de que se disponha, em respeito aos já citados princípios da precaução e da prevenção. Não tenho nenhuma dúvida de que há vetores aqui que indicam diferenciais no tratamento em relação às comunidades indígenas, tanto em relação à subproteção, quanto em relação à exposição maior ou um risco maior à exposição a esse contato que possa ocorrer.

Foi ressaltado pelo eminente Ministro-Relator que os povos em isolamento e de contato recente são realmente expostos a um risco de contágio maior e até de extinção em decorrência da pandemia.

Isso não ocorre só em relação às comunidades indígenas brasileiras na classificação de povos isolados ou de recente contato recente; é tanto que, em razão disso, houve necessidade de a própria Organização das Nações Unidas - a ONU - emitir diretrizes do alto comissariado da ONU para o enfrentamento da pandemia. E, nessas diretrizes, há expressa menção aos povos indígenas.

Essas diretrizes ressaltam: "Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas têm um conceito diferente da saúde que inclui a medicina tradicional; e devem consultar e considerar o consentimento prévio informado desses povos, com vistas a desenvolver medidas preventivas para interromper o covid-19".

E o alto comissariado também, nessas diretrizes, colocou que - e isso é importantíssimo para o deslinde da presente causa -, em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou nessa fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis; e que barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar

qualquer contato.

Não bastassem essas diretrizes do alto comissariado, também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre pandemia e direitos humanos nas Américas, editou a Resolução nº 1/2020, também direcionada à maior proteção, seja uma proteção preventiva, seja uma proteção posterior às comunidades indígenas. Todas essas ideias, determinações e diretrizes vêm exatamente ao encontro do objeto principal da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ressalto - inclusive isso foi dito da tribuna pelo Professor Levi, Advogado-Geral da União, e também em memoriais - que a própria Advocacia Geral da União reconheceu e reconhece a necessidade de assegurar o isolamento das comunidades indígenas para a sua maior proteção. Isso também é reconhecido pela própria União.

O Ministério da Defesa fez referência à criação de algumas barreiras fluviais em apoio às diversas ações da Funai. E merece destaque aqui, em que pese noutras áreas uma, eu diria, omissão e até uma subatuação em relação a esse problema, mas merece o destaque o importante, o imprescindível trabalho que vem sendo realizado pelas Forças Armadas no Território Nacional, em suas mais longínquas fronteiras, para o combate direto à pandemia e para a proteção das populações mais prejudicadas e sem um acesso direto à saúde pública, menos ainda à possibilidade de suplementação pela saúde privada. É o grande problema da expansão da covid.

A partir desse rápido resumo, parece-me que não há nenhuma dúvida da necessidade desse isolamento. E esse isolamento - como bem definido pelo eminente Ministro-Relator, a que se propõe o referendo - se daria, se dará e vem ocorrendo de forma mais efetiva com a criação de barreiras sanitárias.

Então já, aqui, voto no sentido da confirmação do referendo da liminar do eminente Ministro-Relator, no sentido da criação de barreiras sanitárias. E, como o próprio Ministro-Relator colocou, conforme plano apresentado pela União, porque, como também destacado no voto de Sua Excelência, é o Poder Executivo que tem as condições materiais e estruturais de organizar essas necessárias barreiras sanitárias.

Da mesma forma, referendo a medida liminar concedida pelo eminente Ministro-Relator, com relação à sala de situação. Em que pese - obviamente isso foi muito bem

detalhado na liminar dada por Sua Excelência - se tratar de decisão política a ser tomada pelo Poder Executivo, nesse caso existe norma federal reconhecendo a necessidade da criação de sala de situação e disciplinando a medida.

Diria mais: em toda grande catástrofe, em todo grande acidente, em toda questão que sai do normal, do natural, é uma medida imediata do poder público a criação de uma sala de situação. Digo isso como quem já participou de inúmeras salas de situação, quando ocorreram inundações em São Paulo, eu, Secretário Municipal, depois, Estadual. Sempre se faz uma sala de situação e a sala de situação funciona exatamente para que todos os segmentos, todos os setores envolvidos possam atuar de maneira conjunta.

E, aqui, já há essa previsão em norma federal. E essa implementação dada pelo Ministro-Relator é extremamente importante, porque permite uma atuação mais eficaz, que vai ao encontro do princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, inclusive com a participação, como foi colocado, de representantes dos povos indígenas, porque, é óbvio, eles podem dar maiores detalhes, podem auxiliar de maneira mais eficiente a atuação dessa sala de situação. Então, me parece que há a absoluta necessidade da manutenção dessa sala de situação.

O ponto seguinte é extremamente complexo, pois o pedido é de retirada dos invasores. Há o pedido expresso - e ele não foi deferido por ora pelo eminente Ministro-Relator - da retirada de invasores em sete terras indígenas consideradas mais críticas. Aqui, já inicio dizendo que concordo plenamente com as petições iniciais, com as manifestações. Essa é uma grande praga, uma grande chaga no Território Nacional: a questão

das invasões, inúmeros garimpeiros principalmente na Região Norte do País. As áreas indígenas são invadidas por garimpeiros. Na parte centro-oeste e mais sul do País, nas comunidades indígenas, há também um pouco de garimpo, mas há mais invasão, exatamente para o cultivo das terras dos índios de forma irregular. Então, há inúmeras invasões e isso realmente é um problema seríssimo. Como o Ministro Levi, nosso AGU, bem lembrou, nós tivemos possibilidade de tratar isso muito de perto no Ministério da Justiça com a Funai. Chegamos a realizar, com a Polícia Federal e com as forças de segurança locais três desinvasões, três retiradas, mas isso é algo extremamente sensível e extremamente crítico, que não me parece ser possível determinar, de uma maneira genérica, para sete terras indígenas, de forma liminar.

E explico o porquê. Não existe a mínima possibilidade de a Polícia Federal realizar sozinha essas desintrações, ou seja, acabar com essas invasões. O que sempre é feito é uma operação em conjunto com as polícias militares locais. Em cada uma dessas retiradas há uma operação de guerra com centenas, às vezes milhares, dependendo do local, de policiais, mas não só policiais. E aqui é importante fazer essa ressalva, porque parece que basta chegar a polícia ou, como a própria inicial pede, basta chegarem as Forças Armadas, se retira e acabou. Não. Há todo um mecanismo realizado com assistentes sociais, psicólogos, até porque em muitas das áreas invadidas, em que pese a ilicitude da invasão, há, além dos invasores, as famílias dos invasores, há crianças que lá residem. Então, para cada invasão, há todo um trabalho prévio realizado para o direcionamento das pessoas que lá invadiram. Conseqüentemente, neste momento de pandemia, neste momento em que se pretende o isolamento, não me parece estarem presentes os requisitos necessários para concessão da medida liminar, porque não haveria possibilidade, neste momento, de arrematação, ao mesmo tempo, para sete áreas indígenas, do apoio dos Estados, que já se encontram sobrecarregados. E não digo do apoio só das forças policiais, mas de toda essa estrutura que acompanha uma desintração de terras com assistentes sociais, psicólogos, médicos, enfermeiros, que estão hoje destinados ao combate da pandemia. Não se faz a retirada de nenhuma invasão, seja invasão de terras indígenas ou outras grandes invasões, sem o serviço de saúde estar presente, para evitar ou para minorar eventuais riscos de reação.

E nós não teríamos condições hoje - as autoridades públicas - de montar sete operações de guerra com todos esses servidores da área da assistência social, de psicologia, educacional, conselhos tutelares que acompanham essas operações, médicos, enfermeiros que estão hoje direcionados diretamente ao combate da pandemia. Então, nesse momento aqui também referendo a negativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eminente Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência, como sempre, apresenta um voto precioso, um voto minucioso e um voto que demonstra a experiência que Vossa Excelência tem no trato da coisa pública, tendo em conta os inúmeros cargos relevantes que já ocupou em diversos níveis da administração estatal.

Refletindo sobre o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso

- e já adianto, desde de logo, que vou aderir a este voto, com algumas pequenas observações -, penso que, como estamos em sede de liminar e, num segundo momento, vamos ter que decidir essa questão definitivamente, como é o papel do Supremo Tribunal Federal, a primeira providência que nós temos de empreender - se Vossa Excelência me permite, e, sim, não estou discordando do que Vossa Excelência está dizendo - é, em primeiro lugar, termos informações precisas do que está ocorrendo no território indígena, pelo menos nessas sete terras ou sete reservas indígenas.

Então, já adianto que, quando chegar na minha vez de votar, vou propor que, no prazo de sessenta dias, o Governo informe a esta Suprema Corte a situação exata com que se defrontam as terras indígenas. Queremos saber, em sessenta dias, quantos são os ocupantes das terras indígenas, onde estão localizados, para, eventualmente, depois, propormos uma solução para esta questão. Porque ninguém pretende - penso eu e isso seria impossível - travar uma verdadeira guerra civil na retirada desses ocupantes - necessária, absolutamente necessária - das terras indígenas, mas essas operações podem ser feitas cirurgicamente, pontualmente.

Suponhamos que existam - vamos dizer metaforicamente ou por força de expressão - meia dúzia de garimpeiros poluindo os rios com mercúrio que é um metal pesado, que leva milhares de anos para se decompor na natureza, nós podemos, informados deste fato, determinar, de forma pontual, que se aja numa ou noutra terra indígena.

Então, eminente Ministro Alexandre de Moraes, penso, com toda a vênua, que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário não podem estabelecer recomendações ou fazer pedidos. O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário determinam.

Entendo que a primeira coisa que nós temos de determinar com prazo, talvez de sessenta dias, é que nos informem, de forma clara, precisa, qual é a situação em que se encontram as terras indígenas, quais são as pessoas e o número delas em cada uma dessas localidades.

Em segundo lugar, quanto ao plano, penso que ele tem que ser apresentado dentro de um prazo fixado por nós, digamos 120 dias, mas com um cronograma de retiradas, com ações concretas. Porque, insisto Ministro Alexandre, nós não queremos guerra civil, nós não queremos mandar o Exército, a Marinha, a Aeronáutica, as Forças Armadas, a Polícia Federal,

enfim, todo o aparato do Governo Federal e, eventualmente, dos governos locais, para, de repente, retirar todo mundo. Mas é a hora de nós avaliarmos, com precisão, o que está ocorrendo efetivamente e darmos uma satisfação para a sociedade brasileira e para a comunidade internacional. O Brasil está sofrendo gravíssimos prejuízos, inclusive econômicos, na medida em que nós estamos permitindo a devastação talvez da última reserva florestal da humanidade, o que está promovendo de forma acelerada o aquecimento global. E, mais do que isso, a cada dia o lançamento de mercúrio nos rios por parte dos garimpeiros inescrupulosos está tornando a situação absolutamente irreversível!

Então, Ministro, acompanhando e louvando a preocupação de Vossa Excelência, já estou me manifestando com antecedência. Peço licença aos Colegas por ter, de certa maneira, atropelado, mas é que, quando chega a minha vez de votar, as opiniões já estão consolidadas.

Insisto que o Supremo não é academia! O Supremo precisa determinar: queremos uma radiografia da situação num prazo determinado e depois queremos um plano concreto e efetivo que, com cronograma bem definido, estabeleça a forma e o tempo em que se fará a desocupação.

Desculpe-me, Ministro Alexandre! Minhas saudações a Vossa Excelência, sobretudo pela inteligência que manifesta sempre de forma muito gentil e muito cavalheiresca.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agradeço o aparte, Ministro Ricardo, e realmente acho que não há nenhuma divergência entre nós assim como me parece também que, pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso - não tenho procuração, obviamente, para falar por Sua Excelência -, parece-me que não há nenhuma divergência.

Nós três, parece-me, partimos da mesma premissa da ilegalidade dessas ocupações, da necessidade de ocorrer uma regularização.

Só que nós estamos em sede liminar e, como eu disse, são operações de guerra - operações de guerra não no sentido de que se vá travar uma guerra, mas sim de toda uma infraestrutura operacional, porque há tipos de invasão. Há invasões em que aqueles que invadem são só extrativistas

- Vossa Excelência bem citou a questão dos garimpeiros -, agora há outras invasões, também ilícitas, mas que existem há tanto tempo que, inclusive, vilas já foram produzidas, já foram montadas, e há idosos, há crianças. Todos devem ser retirados, mas devem ser encaminhados para determinados locais.

Então, há necessidade - e em todas essas desinvasões isso é feito - de realização de protocolos de atuação e, para isso - e o que Vossa Excelência colocou é exatamente o que eu ia completar; talvez por ter sido aluno de Vossa Excelência, eu já ia encadear na mesma conclusão -, para que nós possamos decidir no mérito, nós precisamos ter informações, porque aqui se pedem sete. Não são sete invasões pasteurizadas, idênticas. São sete locais diversos, sete locais com pessoas diferentes, onde há necessidade, inclusive, de as forças de segurança, junto com as forças de saúde e de assistência social, estabelecerem protocolos de atuação.

Obviamente, no mérito, será possível uma análise melhor desde que haja informações. Já me coloco aqui também, desde logo, plenamente de acordo com essa colocação de Vossa Excelência de que essas informações sejam enviadas, remetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Quando disse do plano, e depois o Ministro Luís Roberto sinalizou, na verdade, esse é um outro plano, não é o plano para retirar os invasores. É o plano de combate à covid.

Há necessidade agora, obviamente, para a instrução da ação, para se retirarem invasores, de um rigoroso protocolo que se inicia exatamente com a análise de quantas pessoas, quais as condições, qual o número de policiais necessários, qual o número de assistentes sociais, se o Conselho Tutelar deve acompanhar, ou seja, todo um protocolo para garantir que, com a menor violência possível, isso seja realizado, para se evitar - e por isso deve ser muito bem detalhado - reações dos invasores. Quando o projeto, o programa é feito de forma muito bem equacionada, isso ocorre de uma maneira muito mais tranquila. Só que, no momento, como eu disse e acredito, em sede de liminar e no momento da pandemia, não seria possível realizar. Mas é possível - e Vossa Excelência bem colocou -

já deixar tudo pronto, para, pós-pandemia ou até, dependendo de um local ou outro, a partir da análise desses dados detalhados - no Ministério da Justiça, sempre fazíamos -, via satélite, fotografias de satélites, é possível já termos todo um panorama para a pós-pandemia, para quando todas as forças de segurança, de saúde, de assistência social, de apoio possam realizar.

Então, concordo integralmente com Vossa Excelência, Ministro Ricardo e, por isso, nesse sentido, referendo também a negativa de liminar, no momento, do Ministro Luís Roberto Barroso com essas considerações em relação à necessidade de informações detalhadas não só da situação atual, mas do que é necessário para realizar essa desintrusão.

Realmente é inaceitável a inércia. Agora, justiça seja feita, em alguns casos, há não só um problema operacional, mas, em muitos casos, quando uma operação já está montada, obtém-se, na Justiça Estadual, ordem de manutenção de posse. Então, também aqui é necessário o apoio da AGU, das Defensorias Públicas, porque, muitas vezes, ao mesmo tempo em que há uma determinação para se retirar, há uma determinação de manutenção.

Em duas áreas - agora não saberia dizer se estão dentro dessas sete áreas - no Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, que são áreas com problemas centenários de ocupação, havia decisão da Justiça Federal e da Justiça Estadual contrapostas. Então, também dentro desse protocolo, há necessidade de se realizar uma análise jurídica. Vossa Excelência, Ministro Ricardo, tem total razão: sem um detalhamento, nós não podemos decidir de forma efetiva.

Dessa forma, aqui acompanho, com essas observações feitas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso.

Por fim, houve o deferimento para determinar à União, em prazo de 30 dias, um plano de enfrentamento do covid para os povos indígenas com a participação, inclusive, de representantes das comunidades e outros apoios técnicos. Também aqui referendo integralmente a liminar.

Em conclusão, Senhor Presidente, parabenizando novamente o detalhado voto de Sua Excelência Ministro Luís Roberto Barroso, acompanho-o, referendando integralmente as cautelares deferidas e colocando-me aqui, já desde logo, de acordo com as considerações feitas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Obrigado, Presidente.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, permita-me a palavra?

Agradeço às considerações do eminente Ministro Alexandre de Moraes, bem como às do Ministro Ricardo Lewandowski.

Como o Ministro Alexandre de Moraes já assinalou, estamos todos na mesma página.

O que aconteceu, Ministro Ricardo Lewandowski? Tratei a questão em dois seguimentos, digamos assim: enfrentamento emergencial da pandemia e a questão antiga das invasões - mais complexa e estrutural.

Em relação ao enfrentamento da covid-19, previ, na decisão, um plano emergencial, em dez dias - para proteger as comunidades isoladas de contato recente -, e um grupo de trabalho para, em trinta dias, ter um plano de enfrentamento da covid-19 na comunidade indígena em geral.

Em seguida, quanto à desintrusão, disse que é dever da União e que ela tinha que apresentar um plano e, se não o fizesse, eu voltaria a atuar. É verdade que não fixei um prazo, como Vossa Excelência sugere, porque estava com foco no enfrentamento da pandemia. Mas estamos todos de acordo que esta é uma oportunidade muito importante, com o auxílio do Supremo e com a possibilidade de que parte do ônus político recaia sobre nós - porque há ônus político nessa desintrusão, como todos sabem. Acho que podemos assumir em parte essa responsabilidade, mas, evidentemente, em diálogo institucional com os Governos Federal e Estadual, porque, inclusive, precisamos das tropas policiais.

De modo que penso, Ministro Lewandowski, Vossa Excelência tem toda razão de que é imperativa a remoção. O Ministro Alexandre tem toda razão e consignei em meu voto que, infelizmente, não é um estalar de dedos. É um processo, talvez até, de realocação de pessoas, mas estamos todos de acordo de que é preciso lidar com a questão dos invasores e fazer a desintrusão e que vamos investir energia na cobrança de um plano que, em um cronograma possível, produza esse resultado.

Obrigado pela observação de Vossa Excelência, que me permite dizer que penso exatamente no mesmo sentido.

ESCLARECIMENTO O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(RELATOR)

- Presidente, perdoe-me, esqueci de fazer um complemento aqui a propósito ainda do que disse o Ministro Ricardo Lewandowski.

O Presidente Dias Toffoli, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o que ele denominou de força-tarefa do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público para o levantamento e mapeamento a que Vossa Excelência se refere - neste momento, conduzido pela Conselheira Maria Tereza Uille Gomes. Evidentemente, se houver necessidade de complementação ou de informações de que não possamos dispor, vamos ao Governo. Mas essa ideia de Vossa Excelência - que é muito importante - foi acudida por iniciativa do Presidente Dias Toffoli no âmbito do CNJ e está a cargo da diligente Conselheira Maria Tereza Uille Gomes.

Apenas para que conste que está sendo elaborado, sim, este mapeamento das áreas em que a situação é mais grave, e aí compartilharemos com o Governo. Temos tentado - o Doutor Levi tem sido muito diligente, gentil e empenhado - fazer isso em diálogo institucional com o Governo, mas vamos fazer.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, cumprimento Sua Excelência o eminente Ministro- Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, que, com lucidez e sensibilidade, traz a referendo a medida cautelar apreciada e deferida, atendendo, em parte, as pretensões deduzidas nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709.

Cumprimento também o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem de acompanhar o ilustre Relator; cumprimento as sustentações orais que vieram à colação neste julgamento, bem como o Senhor Vice- Procurador-Geral da República, hoje, aqui, presente; as Advogadas, os Advogados; o Senhor Ministro-Chefe da Advocacia-Geral da União.

Eu serei o mais breve que me for possível, Senhor Presidente, até porque, já na segunda-feira, fiz chegar aos gabinetes de Vossas Excelências o voto que tenho sobre essa matéria, e irei juntar a declaração de voto sobre esse tema importante.

E, de tudo que se pode dele haurir, um diálogo relevantíssimo com a efetividade constitucional dos direitos dos povos indígenas; e juntarei, portanto, essa declaração de voto, nos termos que já, na segunda-feira, fiz chegar a Sua Excelência o eminente Ministro-Relator e aos demais Colegas, assentando, de saída, Senhor Presidente, que estou subscrevendo, por inteiro, a medida cautelar deferida por Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator.

E tocarei apenas num ponto em relação ao qual a percepção que tenho apresenta uma dissonância, pois entendo que, no que diz respeito ao pedido cautelar de retirada dos invasores das terras indígenas, como mencionados na petição inicial, Yanomami, Karipuna, Uru-Eu Wau-Wau, Kaiapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, entendo que é o caso - e é por isso que eu estou propondo um deferimento em maior extensão -, tal como assentei nesta declaração de voto, fiz chegar a Vossas Excelências, na segunda-feira, de determinar que a União inclua, no plano de enfrentamento e monitoramento da COVID-19 para os povos indígenas, medidas emergenciais para desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas inadiavelmente em até 60 dias após a homologação do plano pelo Relator da ação, mediante a utilização de todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios, dos agentes estatais e de todos os envolvidos nas operações, com a adoção das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

Fundamento apreciação, portanto, propondo um deferimento em maior extensão, no sentido de acolher o pedido cautelar também nesse ponto, quanto à retirada dos invasores, porque fica evidenciada, à luz da petição inicial, de um lado, a situação calamitosa nessas sete terras indígenas que sofrem mais acentuadamente, no ano corrente, invasões de terras e desmatamento, fatos que agravam o risco de contágio das comunidades citadas e elevam sobremaneira a mortalidade dos índios; e de outro, porque entendo que não é possível, do ponto de vista da efetividade constitucional, submeter um comando constitucional protetivo, sem ressalvas, às terras indígenas a qualquer delonga ou demora.

Por isso, ao apreciar o pedido de que seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas para retirada dos invasores nas mencionadas terras indígenas,

valendo-se, para tanto, de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas, estou, na proposição de voto que trago, acolhendo integralmente o pedido.

Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator deferiu parcialmente a cautelar, no ponto, sob os seguintes argumentos, que repiso apenas em síntese.

Disse o eminente Ministro-Relator:

"... a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

44. Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato. A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintração. Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintração, voltarei ao tema."

É o conjunto das observações e decisões do eminente Ministro-Relator, que eu estou, repito, acompanhando, mas deferindo o pedido como formulado, com a devida vênias do ilustre Relator, portanto, em maior extensão.

E, aqui, reside, só nesse ponto, uma parcial divergência - e anunciei-, porque compreendo ser possível que esta Corte defira o pedido cautelar, em maior extensão, do que aquela conferida por Sua Excelência, determinando à União que promova medidas eficazes de desintração das áreas apontadas na inicial desde logo, sob pena de ineficácia do provimento final.

De fato, os autores demonstram, por meio de documentos, a grave situação de invasões de terceiros não-índios nas terras indígenas mencionadas na petição inicial. E anoto que são áreas já demarcadas pelo poder público, todas já homologadas, tendo sido finalizado o processo de reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em todas elas. Por esse motivo, nos termos do artigo 231 da Constituição da República são terras de propriedade da União e de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que ali habitam, inexistindo direito a qualquer não-índio de ali permanecer e extrair riqueza naqueles territórios.

Entendo que a dicção constitucional é perfeitamente nítida. Diz o artigo 231, nos seus §§ 1º e 2º:

" § 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. "

E o § 2º desse mesmo artigo assenta que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à posse permanente cabendo-lhes usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

E por isso o § 4º dispõe que as terras de que tratam esse artigo são inalienáveis, indisponíveis; e os direitos sobre elas, imprescritíveis. E por isso 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.

Deste modo, entendo que essa mora com os povos indígenas, que no Brasil alcança pelo menos três décadas após a Constituição de 88, esperando continuamente planos e planejamento para a desintração, e creio que não há situação de legalidade que pudesse ser amparada em relação à presença dos invasores.

A invasão das terras indígenas para exploração econômica de seus recursos naturais não encontra qualquer socorro no ordenamento constitucional pátrio, restando, de todo, inconstitucional e passível, portanto, da atuação pronta e eficaz por parte das autoridades a fim de solucionar a questão.

É certo que o problema não é novo, como bem pontuou o ilustre Relator. De fato, a mora do Brasil com os povos indígenas é mais do que secular. No entanto, a situação emergencial da pandemia da covid-19, com o agravamento do contágio pela proximidade dos invasores aos indígenas, torna ainda mais urgente a busca por um equacionamento célere do tema.

Entendo que o pedido dos autores se mostra bastante razoável ao indicar sete áreas específicas para atuação emergencial dos poderes públicos, e não a integralidade dos territórios indígenas invadidos em todo o País.

A situação calamitosa em que essas populações vivem foi objeto de decisão por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu recentemente a Recomendação 35/2000 ao Estado Brasileiro, a fim de, cautelarmente, instruir o Governo a atuar na proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana.

De modo que, com base nessas considerações, entendo que há urgência, sim, na retirada dos invasores das terras indígenas, como apontado na inicial, seja pelo transcurso do período da seca amazônica, de maio a setembro, quando os invasores atuam para prática de atividades ilegais, aproveitando-se da ausência das cheias, seja pelo risco de inocuidade das demais medidas cautelares ora sob referendo, as quais podem não restar efetivas se a manutenção dos milhares de invasores nas áreas não for controlada de modo célere a evitar que espalhem a doença àqueles em situação de extrema vulnerabilidade epidemiológica.

Ressalto que a adequada tutela do direito à vida, à saúde e ao modo de existir indígena, que não é - nem a tutela, nem o modo de existir indígena -, uma escolha conjuntural. Essa escolha foi feita pelo Estado e pela sociedade brasileira em 1988 na Constituição da República. Não há escusa para o não cumprimento desse dever, em especial diante de uma pandemia que pode levar a um verdadeiro etnocídio das comunidades e de comunidades indígenas inteiras pela inação tempestiva do agir administrativo.

A preocupação demonstrada pelo ilustre Relator no sentido de que o ingresso das

Forças Armadas e dos policiais para retirada dos invasores representa um risco maior de contágio aos próprios indígenas é legítima, sem dúvida. No entanto, a União tem condições de se cercar de todas as preocupações possíveis, no sentido da testagem dos agentes do Estado e demais medidas sanitárias que assegurem a segurança e o cuidado de todos os envolvidos na operação.

Por isso entendo evidenciada a verossimilhança do direito alegado, entendo presente o perigo da demora e, nada obstante subscreva todas as medidas deferidas por Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator, voto pelo deferimento, no ponto, em maior extensão, do pedido de retirada dos invasores das terras indígenas, antes mencionadas, determinando à União que inclua, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até 60 dias após a homologação do plano pelo Relator da ação.

Ressalto a imperiosidade de que sejam adotadas todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios, dos agentes estatais e de todos os envolvidos na operação, utilizando-se das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa da retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

Quanto aos demais pontos, Senhor Presidente, eu estou de inteiro acordo com a extensão dada por Sua Excelência, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, a quem enalteço a sensibilidade e a lucidez com a qual se houve também, neste caso, para apreciar a matéria.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório formulado pelo i. Relator.

Trata-se, em apertada síntese, de arguição de descumprimento de preceito

fundamental, por meio da qual a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista sustentam a ocorrência de ações e omissões do Estado Brasileiro em proteger adequadamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas cultura e tradições (art. 231), no que concerne ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 em relação aos índios e suas comunidades.

O Relator da presente ação deferiu parcialmente as medidas cautelares pretendidas, nos seguintes termos:

“Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISAO

Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à

saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISAO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

Determinação de criação de *barreiras sanitárias*, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e

isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

Determinação de elaboração e monitoramento de um *Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

Cautelar parcialmente deferida.”

Referida decisão vem a ser submetida a referente por este Plenário.

De plano, consigo minha divergência parcial em relação a apenas um dos pontos das cautelares concedidas pelo i. Relator, manifestando concordância com todos os demais pontos, pelas razões que abaixo declino.

Das preliminares ao conhecimento da ação

A Presidência da República e a Advocacia-Geral da União sustentam duas preliminares, a impedir o seguimento da presente ação.

Primeiramente, afirmam que a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil consistiria em parte ilegítima para ingressar com ação de controle de constitucionalidade, diante da jurisprudência da Corte que, interpretando o contido no artigo 103, inciso IX da Constituição, considerou como entidade de classe de âmbito nacional apenas aquelas representativas da mesma atividade econômica ou profissional.

No entanto, como bem pontuou o i. Relator, além dos partidos políticos que também figuram como autores da ação ora debate já ensejarem o conhecimento da demanda, referida interpretação “*acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos*”

(que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada”.

Em boa hora, portanto, a Corte deve rever seu posicionamento mais formalista, a fim de possibilitar que também as associações como a Autora, representativa de um grupo minoritário que pretende a defesa de seus direitos fundamentais, possa atuar como legitimada ativa para a propositura de ações de controle concentrado.

Como já asseverou a doutrina: *“Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes os órgãos autorizados a propor a ação – diferenciação, esta, que não encontra respaldo na Constituição”* (MEIRELLES, Hely Lopes. Atual. Por WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 356).

Ademais, especificamente em relação à APIB, a permissão de sua condição de legitimada ativa para o ajuizamento da ação ora em debate representa consolidação do contido no artigo 232 da Constituição da República, no sentido de que *“Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”*.

Ora, se numa ação que pretende evitar, no extremo das graves alegações ali contidas, verdadeiro genocídio de etnias indígenas inteiras, não se mostra razoável glosar sua capacidade para figurar como parte legítima para ingressar com o presente feito, especialmente em se considerando que a Carta de 1988 representa, em verdade, a superação do paradigma tutelar relativo aos indígenas, alçando-os à cidadania plena. Assim, a garantia da representação judicial das mais diversas etnias indígenas por meio de um entidade de âmbito nacional, constituída pelos próprios índios, com atribuições de defesa de seus direitos, concretiza essa transição paradigmática e deve, pois, ser plenamente acolhida por esta Corte.

Assim, entendo subsistir legitimidade ativa à Associação dos Povos Indígenas do Brasil para ingressar com a presente ação.

De outra parte, verifico que o requisito da subsidiariedade encontra-se atendido, ao contrário do que sustentam as autoridades apontadas como responsáveis pelas omissões narrados no feito.

Isso porque não se mostra razoável pretender que exista outro meio judicial que possa atender aos pedidos formulados pelos Autores, na abrangência pretendida.

Ora, os pleitos deduzidos na demanda, com a demonstração dos preceitos fundamentais que teriam sido lesados pela Administração Pública, consistem em graves reclamos de omissão quanto à adequada garantia de sobrevivência dos indígenas brasileiros face à pandemia da Covid-19, e requerem medidas aplicáveis a todos os índios brasileiros. Nenhum outro meio judicial pode abranger a integralidade dos pedidos formulados pelos requerentes e, portanto, compreendo, na esteira do i. Relator, que o requisito da subsidiariedade encontra-se devidamente preenchido, razão pela qual afastos as preliminares apontadas e conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Das medidas cautelares

Os Autores sustentam a insuficiência ou mesmo inexistência de políticas públicas adequadas à garantia dos direitos à vida, saúde, dignidade e manutenção da vivência em seus próprios territórios aos indígenas, que vem sendo acometidos de maneira agressiva pelo Coronavírus, com o risco de verdadeiro etnocídio em diversas Terras Indígenas.

Alegam, em apertada síntese, que as comunidades indígenas já sofrem com a falta de estrutura, com a distância de centros médicos e com as invasões de suas terras, circunstâncias a agravar as vulnerabilidades dos indígenas frente à pandemia da Covid-19. Dentre elas, a vulnerabilidade epidemiológica mostra-se mais evidente, uma vez que os indígenas não possuem qualquer tipo de defesa imunológica em relação ao vírus Sars-Cov-2, e possuem menos condições de se proteger do contágio, dadas as omissões do Estado e os constantes ataques que sofrem de garimpeiros, madeireiros e demais invasores.

Assim, pleitearam as seguintes medidas cautelares:

“(a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas **barreiras sanitárias** para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoadate,

Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato funcionamento da “Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”(art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

Seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá**, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.

Seja determinado à União Federal que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas.

Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, **plano de enfrentamento do COVID-19 para os povos indígenas brasileiros**, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígenas, nos termos referidos no item anterior.”

O i. Relator deferiu em parte os pedidos cautelares, com as especificações que abaixo especificarei.

Como consta da decisão ora submetida a referendo, o fio condutor da concessão das cautelares pretendidas, ainda que parcialmente, foi a necessidade de uma espécie de mediação entre indígenas e Poder Público, atuando o Poder Judiciário como um *facilitador* para que soluções céleres e efetivas sejam encontradas, de modo a equacionar a grave situação narrada nos autos.

De fato, da análise de todos os documentos juntados à lide, depreendo, numa análise prefacial ínsita aos pedidos cautelares, que as vulnerabilidades dos povos indígenas agudizam-se com a situação de emergência internacional deflagrada pela pandemia da Covid-19, doença altamente contagiosa, ainda incurável, sem vacina ou tratamento específico. Os dados trazidos na exordial denotam uma taxa de mortalidade dos índios muito acima daquela que se verifica no restante da sociedade envolvente, de aproximadamente 9,6% contra 5,6% detectada em relação ao restante da população.

É urgente, portanto, a tomada de medidas emergenciais, que assegurem a sobrevivência dessas comunidades. Em análise das respostas apresentadas pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, depreende-se que muitos dos reclamos narrados na exordial não recebem a adequada atenção por parte da Administração Federal, incorrendo esta em grave omissão, a exigir intervenção do Poder Judiciário, uma vez configurada, *quantum satis*, a lesão aos preceitos fundamentais elencados na petição inicial.

É notório que na história brasileira, os índios padeceram, em nome de um intento civilizatório trazido pelo homem branco, de grande sofrimento, representado pela perda de seus territórios, aprisionamento, aculturação e acometimento de graves moléstias, que chegaram a dizimar povos inteiros.

Se medidas enérgicas não forem tomadas, estaremos novamente diante de um quadro de grande mortandade de grupos indígenas, o que se mostra inadmissível dentro de um regime plural e democrático, que se compromete, por meio da Carta Constitucional, a proteger a vida e as diversas formas de existências dos indígenas no País.

O memorial apresentado pela Conectas Direitos Humanos e pelo Instituto Socioambiental, admitidos como *amici curiae* na ação, bem demonstra o grave espectro da

pandemia entre os indígenas:

“Segundo os modelos epidemiológicos mais simples, que consideram a população suscetível, infectados, recuperados e mortos (chamado de SEIR ou Suscetíveis, Expostos, Infectados e Recuperados), dadas às características sociodemográficas das populações indígenas, **uma única pessoa infectada com o Sars- CoV-2 (causador da Covid-19) pode escalar um surto epidemiológico para até 30% da população indígena**, considerando uma população de 148 pessoas. Esse cenário considera uma taxa de reprodução elevada, relacionada ao alto grau de contato social entre as populações indígenas (como moradias coletivas, densidade demográfica das habitações e aldeias, características estruturais das casas). **O chamado ‘R0’, a reprodução básica da epidemia, para indígenas pode ser até três vezes maior do que de populações urbanas.**”

Não se trata, pois, de mera política governamental, mas de dever do Estado Brasileiro, a adequada tutela da vida e da saúde dos índios e de suas comunidades, devidamente encartados no texto constitucional; aqui, portanto, reside a legitimação da via eleita pelos Autores, de modo a autorizar a intervenção do Poder Judiciário, se as medidas alegadas pelo Poder Público não se mostrarem eficazes na proteção do direito de existir dos indígenas em território brasileiro.

Passo à análise das cautelares conferidas pelo Relator.

1. Instalação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de pessoas que não pertençam às suas comunidades

Considerando o direito dos povos indígenas isolados e de recente contato em permanecerem sob essa condição, mas sendo dever do Estado a adequada proteção dessas pessoas em face da pandemia da Covid-19, o i. Relator concedeu a medida cautelar no que concerne às barreiras sanitárias, nos seguintes termos:

“29. Entretanto, os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes

da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.

30. Diante do exposto, **defiro a criação de barreiras sanitárias**, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. O plano deverá ser homologado pelo juízo.”

De fato, as medidas narradas pela União, que consistem em determinar o impedimento de ingresso de terceiros nesses territórios e da instalação de algumas barreiras fluviais, não são suficientes para proteção desses indígenas e de seus modos de vida, constitucionalmente tutelados nos artigos 215, 216 e 231 da Carta Constitucional.

Como bem asseverou a decisão ora referendada, a instauração de barreiras sanitárias, a efetivamente impedir o ingresso de qualquer não integrante dessas comunidades na área afetada, mostra-se como único meio efetivo para a adequada proteção dos índios isolados e de recente contato, dada a grande vulnerabilidade imunológica dessas pessoas, que jamais tiveram contato com vírus comumente encontrados entre a sociedade envolvente, e podem ser dizimados em caso de contato com o vírus causados da Covid-19.

Aliás, a imposição de barreiras sanitárias é medida recomendada pela Organização das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como o próprio *decisum* ora sob debate já referiu.

Para além do direito de permanecerem isolados em seus modos de vida, que já impede quaisquer tentativas de assimilação ou de contato forçado por parte do Poder Público, a vedação efetiva de qualquer tipo de aproximação por parte de terceiros deve ser levada a efeito pelo Estado brasileiro, razão pela qual voto por referendar integralmente a cautelar proposta pelo i. Relator, no ponto.

2. Implementação de Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões a respeito da proteção dos povos isolados e de recente contato

A Sala de Situação para subsidiar as decisões quanto à proteção dos povos isolados e de recente contato está prevista pelo artigo 12 da Portaria Conjunta nº 4094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI, verbis:

“Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente a promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.”

Nesse ponto, a cautelar pleiteada foi deferida, no seguinte sentido:

“38. Por tais fundamentos, e com base nos princípios da precaução e da prevenção, reconheço a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação. O perigo na demora está indiscutivelmente presente, pelas razões já apontadas. A sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório. Tais membros deverão ser designados, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificação, correios eletrônicos e telefones para contato.

As entidades devem assegurar que os representantes disponham, ao menos, de adequado acesso à internet, que permita a sua participação. A primeira reunião virtual da Sala de Situação deverá ser convocada pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento

encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo. A convocação deverá indicar: (i) a data da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação; (ii) seus horários; (iii) *link* e senha para plataforma virtual de acesso (ou, conforme a plataforma utilizada, com a antecedência possível); (iv) a autoridade responsável por presidir a reunião; (v) o contato telefônico e o nome de 2 autoridades da União responsáveis pela facilitação técnica do acesso de todos à sala virtual, caso haja qualquer dificuldade tecnológica.

Nesses termos, **defiro a cautelar, para a constituição de Sala de Situação**, nos termos explicitados acima.”

Também nesse ponto, a cautelar deve ser referendada.

De fato, a União aponta dois impedimentos para a instalação da Sala de Situação, a amparar as medidas a serem tomadas quanto ao enfrentamento da pandemia em relação aos povos isolados e de recente contato.

O primeiro deles seria a violação ao princípio da Separação de Poderes, pois as medidas administrativas de contenção do contágio pelo coronavírus consistem em decisão do Poder Executivo, que não deve ser compelido a instalar o órgão em questão, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário.

No entanto, referida medida é prevista em ato normativo de autoria do próprio Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde e da FUNAI, e consiste em adequado meio de direcionamento das ações executivas para assegurar a sobrevivência dessas comunidades. Assim, ao compelir o Poder Executivo ao cumprimento de medida normativamente prevista, não há que se falar em interferência indevida do Poder Judiciário nas atividades eminentemente executivas.

De outra sorte, também sustenta a União que a participação dos índios, por meio de representação da APIB, na Sala de Situação não seria devida, pois poderia prejudicar as ações urgentes já em andamento no enfrentamento da Covid-19.

Ora, a participação dos índios e suas comunidades na formulação de políticas públicas e nos processos decisórios que lhe digam respeito vem prevista pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, recepcionada com *status* legal pelo ordenamento jurídico brasileiro, e não se trata de mera faculdade dos órgãos administrativos, mas sim de

etapa fundamental para a validade de ações e programas que afetem diretamente o modo de vida indígena.

Eis o teor dos seguintes dispositivos:

“Artigo 2o

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.

Essa ação deverá incluir medidas:

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;

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;

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 6o

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, 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;

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;

estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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.”

Portanto, não se trata de óbice ou injustificado retardamento de medidas fundamentais ao enfrentamento da pandemia nas terras indígenas, mas de assegurar que os beneficiários dessas políticas possam sobre elas deliberar e possam, inclusive, auxiliar os gestores na definição do melhor procedimento a ser tomado.

Ademais, ressalte-se que a pandemia foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde no mês de março, e já estamos no mês de agosto, deliberando acerca da necessidade de medidas efetivas para a proteção da vida e da saúde dos povos indígenas; logo, se ainda há muito a ser feito pelo Estado, não há nenhum óbice legal ou constitucional à participação de representantes dos indígenas na elaboração dessa política, ao revés, a garantia de que estarão presentes na formulação dessas medidas representa a efetivação do princípio democrático e do pluralismo que a Constituição reconhece na sociedade brasileira.

Portanto, voto por acompanhar o i. Relator também quanto a esse ponto.

1. Retirada de invasores de sete Terras Indígenas

Os Autores apontam situação calamitosa em sete Terras Indígenas, as quais vem sofrendo mais acentuadamente no ano corrente com invasões de terras e desmatamento, fatos que agravam o risco de contágio das comunidades citadas e elevam sobremaneira a mortandade dos índios, razão pela qual requerem, cautelarmente:

“(c) Seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trancheira Bacajá**, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.”

O i. Relator deferiu parcialmente a cautelar, no ponto, sob os seguintes argumentos:

“43. Entretanto, a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

44. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (*infra*), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação as comunidades indígenas ou de providencia alternativa apta a evitar o contato.** A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintração. **Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintração, voltarei ao tema.”**

Com a devida vênia do i. Relator, mas aqui reside a parcial divergência que anunciei, pois compreendo ser possível que esta Corte defira o pedido cautelar em maior extensão do que aquela conferida por V. Excelência, determinando à União que promova medidas eficazes de desintração das áreas apontadas na exordial, desde logo, sob pena de ineficácia do provimento final.

De fato, os Autores demonstram, por meio de documentos, a grave situação de invasões por terceiros não índios nas sete Terras Indígenas mencionadas na petição inicial: Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia,**

Munduruku e Trincheira Bacajá.

Trata-se de áreas já demarcadas pelo Poder Público e todas devidamente homologadas, já tendo sido finalizado o processo de reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em todas elas. Por esse motivo, nos termos do artigo 231 da Constituição da República, são terras de propriedade da União e de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que ali habitam, inexistindo direito a qualquer não índio de ali permanecer e extrair riqueza naqueles territórios.

A dicção constitucional é clara:

“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 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.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Portanto, não há situação de legalidade que pudesse ser amparada em relação à presença dos invasores. A invasão das Terras Indígenas para a exploração econômica de seus recursos naturais não encontra qualquer socorro no ordenamento constitucional pátrio, restando de todo inconstitucional e passível, portanto, de atuação pronta e eficaz por parte das autoridades a fim de solucionar a questão.

É certo que o problema não é novo, como pontuou o i. Relator. No entanto, a situação emergencial da pandemia da Covid-19, com o agravamento do contágio pela proximidade dos invasores aos indígenas, torna ainda mais urgente a busca por um equacionamento célere do tema. O pedido dos Autores mostra-se bastante razoável, ao indicar sete Terras Indígenas específicas para atuação emergencial dos poderes públicos, e não a integralidade dos territórios do País. A situação calamitosa que essas populações vivem foi objeto de decisão por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu recentemente a Recomendação nº 35/2000 ao Estado brasileiro, a fim de, cautelarmente, instruir o Governo a atuar na proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana:

“57. À luz dos antecedentes assinalados, a CIDH considera que o presente assunto reúne *prima facie* os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade contidos no artigo 25 do seu Regulamento. Em consequência, a Comissão solicita ao Brasil que:

adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da COVID-19, além de lhes fornecer atendimento médico adequado em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis;

acordar as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes; e

relatar as ações adotadas para investigar os fatos que levaram à adoção dessa medida cautelar e, assim, evitar sua repetição.”

A urgência na retirada dos invasores das Terras Indígenas apontadas na exordial mostra-se patente, seja pelo transcurso do período da “seca amazônica”, de maio a setembro, quando os invasores atuam para a prática das atividades ilegais aproveitando-se da ausência das cheias, seja pelo risco de inocuidade das demais medidas cautelares ora sob referendo, as quais podem não restar efetivas se a manutenção dos milhares de invasores nas áreas não for controlada de modo célere, a evitar que espalhem a doença àqueles em situação de extrema vulnerabilidade epidemiológica.

Ressalte-se, a adequada tutela do direito à vida, à saúde e ao modo de existir indígena não é uma escolha conjuntural, mas compromisso assumido pelo Estado na Constituição da República. Não há escusa para o não cumprimento desse dever, em especial diante de uma pandemia que pode levar a verdadeiro etnocídio de comunidades inteiras, pela inação tempestiva do agir administrativo.

A preocupação demonstrada pelo i. Relator, no sentido de que o ingresso das Forças Armadas e dos policiais para a retirada dos invasores poderia representar um risco maior de contágio aos próprios indígenas é legítima, no entanto, a União tem condições de se cercar de todas as precauções possíveis, no sentido da testagem dos agentes do Estado e demais medidas sanitárias que assegurem a segurança de todos os envolvidos na operação.

Assim, evidenciada a verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, voto pelo deferimento em maior extensão do pedido cautelar **de retirada dos invasores das Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá**, determinando à União que inclua no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até sessenta dias após a homologação do Plano pelo Relator da ação. Ressalto a imperiosidade de que sejam adotadas todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios e dos agentes estatais envolvidos nas operações, utilizando-se das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

2. *Extensão dos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas do Brasil*

Diante do entendimento manifestado pela Administração Pública Federal, no sentido de que apenas os indígenas aldeados em terras já homologadas pelo Poder Executivo podem se utilizar do Subsistema de Saúde Indígena do SUS, pleiteiam os Autores a extensão do dever de atendimento da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena) a todos os índios no País, indistintamente.

Quanto ao ponto, o i. Relator deferiu parcialmente a medida cautelar:

“50. Em vista da manifesta verossimilhança do direito alegado e do perigo na demora de seu atendimento, defiro a cautelar para determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

(...)

56. Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral. Indefiro, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos. Determino, contudo, que o plano objeto do próximo tópico avalie a viabilidade de tal extensão e a considere.”

A atenção à saúde indígena vem disciplinada pelos artigos 19-A a 19- H da Lei nº 8.080/90, com o escopo de prestar atendimento adequado aos índios e às comunidades, levando-se em consideração suas práticas culturais e seus saberes ancestrais:

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 nº 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.

§ 1^o O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

§ 2^o 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.

§ 3^o 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 formulação, 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."

Quanto à alegação de que apenas os índios que habitem terras já homologadas pelo Executivo podem receber as ações da FUNAI e da SESAI, trata-se de visão reducionista da condição indígena, não albergada pelo ordenamento jurídico.

Nem a Constituição nem qualquer outro diploma infraconstitucional atribuem a condição de índio ao fato de estar ou não habitando terra indígena homologada. De fato, a Convenção 169 da OIT destaca o critério da autoatribuição como fundamental para a

caracterização da condição de indígena:

“Artigo 1o

A presente convenção aplica-se:

aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.”

Ademais, como bem pontuou o i. Relator, se cabe ao Estado promover a demarcação das terras indígenas, este não se desincumbe de seu papel e ainda rejeita a assistência àqueles que vivem em terras ainda não demarcadas ou não homologadas, trata-se de recusa inadmissível à proteção do direito à vida e à saúde dos índios, razão pela qual é cabível a atuação do Poder Judiciário no tema.

Mesmo raciocínio aplica-se em relação aos índios que vivem no ambiente urbano, e que deixaram suas comunidades por alguma razão. Ora, é fato notório a pouca estrutura que essas comunidades possuem, circunstância que leva muitos indígenas a buscarem nas cidades condições de emprego, saúde e educação, que infelizmente não encontram em suas áreas tradicionais, por inação dos Poderes Públicos.

No entanto, admito as dificuldades apontadas pelo Relator, no sentido de que determinar ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena a absorção imediata de um número ainda não conhecido de pessoas possa prejudicar sua atuação, exigindo o reposicionamento

de profissionais de saúde e de equipamentos e insumos.

Assim, voto por referendar as cautelares concedidas pelo i. Relator, no sentido de determinar o imediato atendimento pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena de todos os índios aldeados, inclusive em terras ainda não demarcadas ou homologadas, e pelo atendimento subsidiário do Subsistema aos indígenas residentes em meio urbano, Àqueles sem acesso ao SUS, devendo constar do Plano de Enfrentamento as condições para a expansão integral do atendimento específico.

3. *Elaboração e monitoramento de Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*

Os Autores pleiteiam a elaboração de Plano específico para o Enfrentamento da Covid-19 em relação aos indígenas brasileiros, por considerar que o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (Covid-19) em Povos Indígenas, apresentado pela União, é vago e não propõe responsabilidades e medidas eficazes à salvaguarda da vida e saúde dos índios.

No ponto, o Relator deferiu a cautelar, no seguinte sentido:

“60. Diante do exposto, tendo em vista a necessidade de assegurar diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, entendo que é o caso de atribuir à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*. Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.

61. Por todo o exposto, **defiro parcialmente a cautelar para** determinar a União que formule, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a **participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas**, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A

execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.”

A proposta do Ministro Relator contempla a necessidade de participação dos índios, por meio de seus representantes, na formulação das políticas públicas que irão afetá-los diretamente – cuja importância já foi acima ressaltada – bem como ressalva a participação de atores que vem colaborando com o direcionamento dos gestores nessa temática.

O planejamento eficiente mostra-se fundamental para o correto enfrentamento da emergência em saúde ocasionada pela atual pandemia, a fim de se preservar o maior número de vidas possível, e minorar os efeitos deletérios que a Covid-19 deixará nos territórios indígenas.

Assim, voto por referendar a cautelar trazida pelo Relator, no ponto.

Em resumo, dirijo apenas em parte da proposta de referendo apresentada, a fim de deferir em maior extensão o pedido cautelar de retirada dos invasores das Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru- Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trinchira Bacajá, determinando à União que inclua no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até sessenta dias após a homologação do Plano pelo Relator da ação, mediante a utilização de todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios e dos agentes estatais envolvidos nas operações, com a adoção das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.**

É como voto.

A Ministra Rosa Weber:

1. Senhor Presidente, eminentes pares, Senhor Vice-Procurador Geral da República, Senhor Advogado-Geral da União, Senhora e Senhores Advogados, cumprimento todos, em especial os que ocuparam na última assentada a tribuna virtual, com valiosas contribuições ao

debate, e cumprimento também o eminente Relator, que nos brindou com voto de excelência, como sói acontecer.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB** e pelos partidos políticos **PC do B, PDT, PSB, PSOL, PT e Rede**, tem como objeto apontadas falhas e omissões no combate à epidemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros, a configurar lesões a preceitos fundamentais da Constituição.

2. Legitimidade ativa *ad causam*

O **art. 232 da Constituição da República** reconhece aos índios, suas comunidades e **organizações** legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Vale observar, ainda, que o **Artigo 8º, 1, da Convenção nº 169/OIT**, dispõe que “*ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário*” e o seu **Artigo 12** estabelece que os povos indígenas “*deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus **organismos representativos**, para assegurar o respeito efetivo desses direitos*”.

Nesse quadro, entendo que não se pode negar à **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB**, instância de referência nacional do movimento indígena no Brasil instituída em 2005, com representação em todos os estados brasileiros, legitimidade ativa *ad causam* para a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (**art. 103, IX, da CF**).

Os demais autores, agremiações partidárias com representação no Congresso Nacional, têm sua legitimação para a causa dada pelo **art. 103, VIII, da CF**.

3. Requisitos da ADPF. Atos do Poder Público.

Os atos que ensejaram a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental estão descritos na exordial, bem como na decisão do eminente relator, concessiva da medida

cautelar ora submetida ao referendo deste Plenário, como contemplando “*uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos de instituições públicas federais*”¹, quais sejam:

omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas – mesmo aqueles em que vivem povos isolados ou de recente contato – possibilitando, com isso, a disseminação do coronavírus entre essas populações, com risco até de extinção;

omissão federal em retirar invasores de terras indígenas, o que contribui para aumentar gravemente o risco sanitário nessas regiões;

atuação da **SESAI – Secretaria Especial de Saúde Indígena**, como órgão responsável pela saúde indígena, restrita aos índios aldeados em terras indígenas homologadas, em prejuízo do direito à saúde dos índios que vivem em contextos urbanos e àqueles que habitam áreas pendentes de demarcação; e

insuficiência das políticas públicas da **SESAI** e da **FUNAI – Fundação Nacional do Índio** no que se refere à proteção da vida e da saúde dos povos indígenas diante da pandemia da COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*); notadamente ante a **vagueza e falta de concretude do plano de contingência** da SESAI para o enfrentamento do coronavírus entre povos indígenas, formulado **sem a participação das populações interessadas**.

Tenho por atendido, assim, o requisito previsto no art. 1º da Lei nº 9.882/1999, segundo o qual “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar **lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público**” (destaquei).

3.Requisitos da ADPF. Lesão a preceito fundamental.

São tidos como violados os preceitos fundamentais concernentes à dignidade da pessoa humana (**art. 1º, III**), à vida (**art. 5º, caput**), à saúde (**art. 6º e 196**) e o direito dos povos indígenas a viverem em suas terras segundo sua organização social, costumes e tradições (**art. 231**).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, a específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – sejam eles atos normativos, ou não – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional

estabelecida.

Sem risco de vulgarizar o conteúdo do núcleo essencial merecedor da proteção singular da ADPF, pode-se afirmar que o descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional (**art. 102, § 1º, da Carta Política**) se manifesta na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade.

A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental “decorrente desta Constituição”, é indicativa de que os preceitos em questão não se restringem às normas expressas no seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde que revestidas dos indispensáveis traços de **essencialidade e fundamentalidade**. É o caso, v.g., de princípios como o da razoabilidade e o da confiança, realidades deontológicas integrantes da nossa ordem jurídica, objetos de sofisticados desenvolvimentos jurisprudenciais nesta Corte, embora não expressos na literalidade do texto da Constituição.

Isso porque os conteúdos normativos – preceitos – da Constituição são revelados hermeneuticamente a partir da relação entre intérprete e texto, tomada a Constituição não como agregado de enunciados independentes, e sim como sistema normativo qualificado por sistematicidade e coerência interna.

Nessa ordem de ideias, tenho por inequívoco que eventual lesão ao postulado fundamental da **dignidade da pessoa humana** e aos **direitos fundamentais à vida, à saúde** e aos **povos indígenas a viverem em suas terras segundo sua organização social, costumes e tradições**, considerada a centralidade da posição por eles ocupada no complexo deontológico e político consubstanciado na Constituição, mostra-se passível de desfigurar a própria essência do pacto constitucional pátrio.

Entendo, pois, diante do alegado na inicial, devidamente enquadrada a lide, tal como se apresenta, em tese, em hipótese de lesão a preceitos fundamentais, estes devidamente indicados na exordial.

3.Requisitos da ADPF. Subsidiariedade.

A presente arguição não esbarra no óbice processual – **pressuposto negativo de admissibilidade** – do **art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999** (“*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”).

Entendo demonstrada, ao menos em juízo deliberatório, a insuficiência dos meios processuais ordinários para imprimir solução satisfatória à controvérsia posta. É que prestigiada, na interpretação daquele dispositivo, a eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios ao controle abstrato de constitucionalidade. Significa afirmar que a chamada cláusula de **subsidiariedade** impõe a inexistência de outro meio tão eficaz e definitivo quanto a ADPF para sanar a lesividade, é dizer, de outra medida adequada no universo do **sistema concentrado de jurisdição constitucional**.

Atendidos, pois, os requisitos legais, revela-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento jurídico adequado ao fim proposto.

3.Síntese das medidas cautelares deferidas.

O eminente Ministro relator submete, ao necessário referendo deste Plenário, as medidas cautelares por ele deferidas nos seguintes termos:

“III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO:

Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:

indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão,

com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.”

Discute-se, como visto, a tutela do direito dos povos indígenas à vida e à saúde em face da pandemia da COVID-19, a evidenciar a **índole estrutural** do presente feito. A relevância e a urgência da demanda justificam-se diante do risco real de **extermínio de etnias**.

Documento do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos aponta que, em todo o mundo, “*a pandemia da COVID19 tem afetado os povos indígenas de modo desproporcional ao agravar a desigualdades estruturais subjacentes e a discriminação generalizada*” e ressalta que esse sério impacto precisa ser especificamente abordado pelas estratégias de enfrentamento à pandemia.

A vulnerabilidade da saúde dos povos indígenas brasileiros, cabe observar, antecede a pandemia em curso: muitas comunidades indígenas situam-se em lugares remotos, o acesso das populações indígenas ao saneamento básico é a mais das vezes deficitário, diferenças culturais e preconceito frequentemente impõem obstáculos tanto à busca dos indígenas pelos serviços básicos de saúde quanto ao seu acolhimento apropriado. A tudo se acresce a maior suscetibilidade a doenças infectocontagiosas de que se ressentem. Não por outra razão, a Lei nº 9.836/1999 (Lei Arouca) instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o **Subsistema de Atenção à Saúde Indígena**.

Embora muito bem ressaltado no voto do eminente Relator, entendo oportuno repisar alguns dados fáticos para ampliar a visibilidade da realidade e situação dos povos indígenas brasileiro. De acordo com o último **Censo IBGE (2010)**, existem no Brasil cerca de **900 mil indígenas** (0,4% da população brasileira). O resultado do censo apontou para **274 línguas** faladas por indivíduos distribuídos por **305 povos**. Destes, pouco mais de 500 mil indivíduos (**57,7%**) vivem em terras indígenas. Estima-se em **70 (setenta)** o número de **tribos não contatadas** na Amazônia brasileira, dos quais **28 (vinte e oito)** tiveram existência confirmada pela FUNAI. Fora da **Amazônia legal**, segundo o Instituto Socioambiental, há evidência de um único e pequeno grupo vivendo em **isolamento**, da etnia Avá-Canoeiro.

Números atualizados ainda ontem, **04.8.2020**, dão conta de **22.021** casos confirmados de COVID-19 na população indígena, com **148** povos afetados, sendo que **625** índios já perderam a vida em decorrência da

doença.

Não é novidade na história brasileira o recurso à falácia de uma suposta contraposição entre a preservação do modo de vida dos povos indígenas do Brasil e a promoção dos interesses nacionais. Trata-se de retórica perversa, que visa a deslegitimar tanto a causa indígena quanto aqueles que se esforçam em seu favor.

Sendo a Nação o conjunto dos povos que habitam o território do Estado, os interesses do Estado brasileiro, como entidade plural que é e fundado, entre outros pilares, na cidadania e na dignidade da pessoa humana (**art. 1º, II e III, da CF**) correspondem à comunhão dos interesses de todos os seus povos e etnias componentes, incluindo, e não antagonizando, os interesses específicos dos povos indígenas. Na dicção do **art. 3º, I, III e IV, da Carta Política**, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade **livre, justa e solidária, erradicar a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Lembro que no julgamento da ação em que discutido o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Terra do Sol (**Pet nº 3.388/RR**, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009, DJe 01.7.2010), este Supremo Tribunal Federal registrou compreensão segundo a qual, ao consagrar a **proteção dos direitos indígenas**, a Constituição visa a compensar desvantagens historicamente acumuladas, à luz do princípio da **fraternidade** para com as minorias.

Consabido, de resto, que toda Constituição que se apresenta como Carta de Direitos representa um limite à soberania, registrando a propósito Georges Abboud:

“(…) os poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos, ou seja, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a estas proibições e

obrigações de conteúdo correspondentes aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cuja violação ocasiona antinomias e lacunas.”³

Anoto, à demasia, que o feixe de direitos fundamentais insculpidos no **art. 231 da Constituição da República** demanda do Estado, mais do que produção legislativa, organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais que o preceito enuncia impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não apenas o dever de conformação.⁴

Assinalo que a vedação contida no **art. 5º, § 1º, da Carta Política** de que sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação, ou ainda como “normas de eficácia limitada ou diferida”⁵⁴, importa em atribuir ao Estado o dever de assegurar aos titulares do direito a respectiva fruição.

Imperativo, pois, à Administração adequar a sua própria atuação ao atendimento efetivo do imperativo constitucional. A atuação positiva do Estado decorre do direito, a ele oponível, titularizado pelos destinatários da norma constitucional que o consagra. Nesses casos, medidas legislativas, apesar de necessárias, são frequentemente insuficientes para promover o cumprimento da Constituição.

Em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o

³ ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ Cfr.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. “(...) o Estado teria para cada direito fundamental os deveres de observar e proteger. A observância refere-se à abstenção de comportamento lesivo próprio, ou seja, refere-se à obrigação de não intervenção nas esferas individuais protegidas. A proteção refere-se à ação do Estado do intuito de proteger ativamente os direitos fundamentais em face das possíveis inobservâncias de particulares. Em suma, ao Estado seria imposto o dever de tutela fundado nos direitos fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflicht*). O Estado deve forçar o respeito aos direitos fundamentais, impondo a omissão de condutas violadoras provenientes de particulares.”

⁵ DIMOULIS; MARTINS, 2007.

resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo, desde que apropriados e bem direcionados. No contexto dos direitos fundamentais compreendidos como um sistema, é exigência constitucional que “*para serem razoáveis, medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da privação do direito que elas se empenham em realizar*”, conforme assentou a Corte Constitucional da África do Sul no julgamento do caso *Governo da República da África do Sul e outros vs. Irene Grootboom e outros*, verdadeiro divisor de águas no constitucionalismo contemporâneo.

Reconhecido, na Carta, um direito fundamental, a inviabilização do seu exercício – por ação ou omissão – reveste-se do vício da inconstitucionalidade.

Sem dúvida, no Estado democrático de Direito, mesmo os atos ditos soberanos não são absolutamente livres de constrangimentos, sujeitos que estão ao **império da lei**. Isso significa que a discricionariedade assegurada ao Poder Executivo há de ser exercida dentro do espaço demarcado pelo conjunto formado pelos **tratados internacionais adotados pelo Brasil** sobre o tema e a **legislação de regência** emanada do Congresso Nacional, tudo sob a égide da **Constituição Federal**, a conformar a **política indigenista brasileira**.

Ao Poder Judiciário compete, quando provocado, no exercício da sua missão institucional, aferir e, se o caso, determinar o cumprimento desse complexo normativo (Constituição, tratados e legislação), que se impõe como parâmetro da atuação executiva e administrativa no tocante à política indigenista.

Ademais, medidas a respeito das quais se pode antever forte potencial de causar significativo impacto negativo sobre a proteção de direitos humanos são, *prima facie*, obstaculizadas pela cláusula constitucional assecuratória do devido processo legal substantivo (**art. 5º, LIV, da CF**), que veda a proteção deficiente ou insuficiente.

Nessas condições, o quadro que emerge dos autos evidencia a **omissão da União**, na condição de especial garante que lhe foi atribuída pela Constituição, em promover ações voltadas a conter o avanço da pandemia, bem como remediar os seus efeitos, entre os povos indígenas. Feitos esses apontamentos, **referendo** a liminar, na extensão em que deferida, no tocante à exigência de implementação de **barreiras sanitárias** a fim de impedir a entrada de terceiros nos territórios indígenas, bem como à criação de **Sala de Situação** para gestão das

ações de enfrentamento à pandemia da COVID-19 entre os povos indígenas em isolamento ou de contato recente, em particular quanto à necessária participação de representantes indígenas em sua composição.

As medidas têm lastro na urgência de se assegurar os direitos à **vida** e à **saúde** dessas populações particularmente vulneráveis. Nessa linha, proclama o **Artigo 7 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 13.9.2007:

“Artigo 7

Os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal.

Os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio ou a qualquer outro ato de violência, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

A necessária ativação de uma Sala de Situação, para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais em situações de epidemias é, ressalte-se, providência normativa na **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI**.

Reputo também imperiosa a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19, de medida emergencial para a **contenção e isolamento** de invasores em terras indígenas, sendo certo que a presença de invasores guarda relação direta com a pandemia de COVID-19 na medida em que configuram vetores de contágio dos povos indígenas, compartilhando, ainda, da preocupação externada pelo Ministro Lewandowski quanto às invasões de terras e estratégias que sugere a respeito. Parece-me, por ora, em se tratando de liminar, adequado o encaminhamento proposto, *data venia* do eminente Ministro Edson Fachin.

7.Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas

O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena foi criado, como componente do SUS, pela Lei nº 9.836/1999, com a atribuição de proceder às ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das **populações indígenas**, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente.

Sua instituição cumpre o compromisso assumido pelo Estado brasileiro ao ratificar a **Convenção nº 169 da OIT**, cujo **Artigo 25, 1**, enuncia:

"Artigo 25

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.**" (destaquei)

É a **consciência da identidade indígena** que, nos moldes do **Artigo 1º, 2, da Convenção nº 169 da OIT**, traz a lume os **destinatários do art. 231 da Constituição**, e não o dado circunstancial de o pedaço de terra habitado já ter sido ou não devidamente demarcado e homologado, ou, por qualquer motivo o indígena ter constituído moradia em área urbana, sob pena de subtração indevida do universo daqueles a quem a norma é dirigida.

Tal critério veda que o **Estado negue a identidade de um povo indígena que se reconheça como tal**, tão somente em razão de a terra por ele habitada não estar devidamente demarcada.

Recusar ao indígena em aldeamento situado em terras não homologadas a fruição de direito por ele titularizado em função da sua condição pessoal ecoa a pretensão do malfadado Decreto de Emancipação, de 1978, de destituir o índio da própria identidade.

A limitação indevida do alcance do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena frustra a concretização de direitos constitucionais protegidos pela Constituição da República. O sentido das normas protetivas de direitos fundamentais, como já enfatizado, deve sempre ser buscado na interpretação que lhes confere a **máxima eficácia**.

Nessa linha, já assentou este Supremo Tribunal Federal, aliás, que "*índios em processo*

de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional” (Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009, DJe 01.7.2010).

Cumpre, pois, assegurar o acesso de todos os indígenas aldeados aos serviços do Subsistema Indígena de Saúde, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas.

Reconhecendo a limitação material do **Subsistema de Atenção à Saúde Indígena**, o **art. 19-G, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.080/1990**, nela introduzidos pela **Lei nº 9.836/1999**, preveem que o SUS atuará na sua retaguarda, servindo-lhe de referência, inclusive com adaptações nas respectivas estrutura e organização, nas regiões onde residirem populações indígenas, de modo a lhes propiciar o atendimento necessário em todos os níveis, assegurado o acesso das populações indígenas ao SUS.

Essa linha de atuação vai ao encontro do **Artigo 24, 2**, da **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, que reconhece expressamente o caráter progressivo da plena realização do direito dos indígenas de usufruírem do mais alto nível possível de saúde física e mental.⁶

Justifica-se, assim, a extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

13.Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas.

A necessária participação de representantes das comunidades indígenas nas instâncias

⁶ Os indígenas têm o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que forem necessárias para alcançar progressivamente a plena realização deste direito.” Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Artigo 24, 2.

decisórias que afetem os seus interesses cumpre as exigências inscritas nos Artigos 2º e 6º da Convenção nº 169/OIT, *in verbis*:

“Artigo 2º

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.”

“Artigo 6º

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, 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;

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;

estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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.”

No mesmo sentido, são os Artigos 18 e 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

“Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.”

“Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.”

Feitos esses breves apontamentos, **referendo** a liminar, na extensão em que deferida, em todos os seus itens, embora compartilhando da preocupação externada pelo Min Lewandowski quanto às invasões de terras e estratégias que sugere a respeito de sua desocupação.

Parece-me, por ora, adequado, em se tratando de liminar e da pandemia em que estamos imersos, o encaminhamento proposto pelo eminente Relator, a quem mais uma vez cumprimento.

É o voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor

Presidente, eminentes Pares, Senhor Advogado-Geral da União, Senhor Representante do Ministério Público Federal, advogados presentes, demais assistentes e prezados servidores da Casa.

Já me manifestei extensamente no aparte que, generosamente, me foi concedido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, e também absorvi os esclarecimentos dados pelo ilustre Ministro Roberto Barroso.

Estou plenamente de acordo com o substancioso voto do eminente Relator, não tenho nenhum acréscimo a fazer. É um voto precioso, não só do ponto de vista acadêmico, mas do ponto de vista histórico, da ciência, da administração e do bom senso.

No entanto, teria um pequeno acréscimo, diria tratar-se de uma sugestão - que agora até conta com beneplácito do representante da União - no sentido de que caminhemos com mais segurança quando da prolação da decisão de mérito, que virá dentro de um tempo oportuno.

Diria que, com relação ao item 3.II, quando Sua Excelência, o Relator, se refere aos povos indígenas em geral, especialmente no item IV, estabelecendo um prazo 30 dias para a elaboração e monitoramento de um prazo de enfrentamento da Covid-19, pela União, para os povos indígenas brasileiros, eu me animaria a fixar um prazo de 60 dias para que a União informe concretamente a situação em que se encontram as terras indígenas relativamente a sua ocupação. Isso não é difícil, até porque, como disse o Ministro Alexandre de Moraes, hoje, isso pode ser feito por meio de um levantamento via satélite ou informado diretamente a esta Corte ou àquela comissão formada no Conselho Nacional de Justiça.

Decorrido esse período, ser-nos-ia apresentado um prazo de desintrusão de todos que se encontram ilegitimamente nos territórios indígenas, que, como bem assentou o Ministro Fachin, são terras da União, de uso exclusivo dos povos autóctones.

Digo isso porque não é que estejamos tratando aqui da questão da ocupação dos povos indígenas. Com muita assertividade disse o Ministro Barroso: estamos tratando, realmente, do problema da Covid-19.

Acontece que a ocupação, desde os tempos coloniais, dos territórios indígenas por pessoas estranhas ao local e à comunidade, vem trazendo doenças infectocontagiosas e dizimando as populações autóctones, talvez, desde a Idade da Pedra: sarampo, catapora, gripes - atualmente, o H1N1 -, doenças sexualmente transmissíveis e tantas outras. Ou seja, a desintrusão dos estrangeiros ou estranhos às terras indígenas está intimamente ligada ao combate à pandemia decorrente da Covid-19.

Eu me animaria a sugerir que fixássemos prazo para que este cronograma de desintrusão fosse apresentado ao Supremo Tribunal Federal, e vejo que já contamos com a concordância da própria União, para que possamos segui-lo e, eventualmente, no futuro,

quando da decisão de mérito, prolatarmos uma decisão eficaz.

Parece-me que esta é a oportunidade histórica que o Supremo tem de auxiliar o Governo Federal e os governadores locais a decidirem essa questão magna e importante, que se arrasta desde os tempos coloniais, desde a descoberta do Brasil, e que diz respeito não apenas ao nosso País, aos nossos cidadãos, mas à humanidade como um todo.

Essa é a singela e modesta sugestão que faço. Não pretendo divergir do voto de Sua Excelência, desde já o ratifico, mas entendo que o Poder Judiciário precisa fixar prazo. Em situações habituais, estabelece, inclusive, as chamadas astreintes ou multas por não cumprimento do prazo - o que não é o caso sob análise, tendo em conta que o Ministro Barroso estabeleceu um diálogo interinstitucional de altíssimo nível para resolver essa questão. Vejo que esse diálogo está sendo confirmado agora pela presença e manifestação sempre ativa, altaneira e colaborativa do Advogado-Geral da União, o eminente Professor José Levi.

É como me pronuncio, Senhor Presidente.

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pela Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, com a finalidade de que sejam adotadas providências voltadas ao equacionamento de graves lesões a preceitos fundamentais, relacionadas às falhas e omissões no combate à pandemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros.

Os requerentes argumentam que não existe qualquer remédio processual no âmbito da jurisdição constitucional concentrada que permita o questionamento global das práticas estatais ora impugnadas, muito menos o equacionamento das gravíssimas lesões a preceito constitucional apontadas, não havendo, ainda ações judiciais ou medidas extrajudiciais que

possibilitem o tratamento adequado e eficaz, em tempo hábil, das gravíssimas lesões a preceitos fundamentais deduzidas.

Relatam que o Ministério Público Federal tem chamado a atenção para o descaso das autoridades brasileiras, além de que diversos órgãos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas, a Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, advertiram para a necessidade de proteção especial dos povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus por constatarem o crescimento exponencial da pandemia entre esses povos.

Asseveram que o contágio, a expansão, os danos e os riscos da pandemia por COVID-19 estariam ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas porque estes reuniriam componentes que os tornariam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral, quais sejam:

“i) a **vulnerabilidade epidemiológica**, decorrente da inexistência de memória imunológica em seus organismos para defesa contra determinadas doenças – a exemplo de uma simples gripe –;

a **vulnerabilidade demográfica**, que ocorre pela fragilidade do contingente populacional, em consequência dos números reduzidos e das grandes taxas de mortalidade decorrentes do contato;

a **vulnerabilidade territorial**, pela contínua pressão da nossa sociedade sobre seus territórios e a estreita relação desses povos com os recursos naturais e suas respectivas cosmologias; e

a **vulnerabilidade política**, que ocorre pela impossibilidade desses povos se manifestarem através dos mecanismos de representação comumente aceitos pelo Estado, tais como partidos políticos, associações ou assembleias”.

Além disso, sustentam que as comunidades indígenas teriam baixíssimo acesso aos serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde, e que tal vulnerabilidade ter-se-ia agravado no curso do atual Governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente, levando, conseqüentemente, a maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19.

Alertam para o risco real de extinção de povos indígenas, especialmente os isolados ou de recente contato, nos seguintes termos:

“(…) a ADPF envolve a própria defesa da nação brasileira, com a pluriétnica e interculturalidade que a caracteriza. O risco é para os próprios povos indígenas, mas também para todos os demais brasileiros, das presentes e futuras gerações, que tanto perderiam com os danos irreparáveis à riqueza e a diversidade cultural do país”.

Em relação aos atos e omissões do Poder Público lesivos a preceitos fundamentais, destacam os seguintes: a) a omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas, inclusive a não remoção de invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, possibilitando, com isso, a disseminação do coronavírus entre essas populações, além de outras doenças transmissíveis, como tuberculose, hanseníase, sífilis, hepatites e HIV; b) a orientação da SESAI de limitar a sua atuação, como órgão responsável pela saúde indígena, apenas aos índios aldeados em terras indígenas homologadas, o que implica negação do direito aos que vivem em contexto urbano, bem como aos que habitam em áreas ainda não definitivamente demarcadas, em afronta ao princípio da igualdade; c) a insuficiência de políticas públicas de órgãos indigenistas, como a SESAI e a Funai, voltados a proteger os povos indígenas diante da pandemia da COVID-19.

Salientam, inclusive, que os primeiros contágios ocorridos nas comunidades indígenas foram provenientes de agentes de saúde do Governo Federal, que entraram no território sem a adoção das medidas de proteção necessárias.

Assim, apontam que tais atos representariam afronta a diversos preceitos fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e art. 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com sua cultura e tradições (art. 231).

Evocam, ainda, a importância do efetivo funcionamento da Sala de Situação, prevista no art. 12 da Portaria Conjunta 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai, no contexto da pandemia, para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais, diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os povos

indígenas isolados e de recente contato.

Entendem que o funcionamento da Sala de Situação é vital para que possam ser dadas respostas rápidas e adequadas aos problemas surgidos com povos indígenas e isolados, na medida em que eles forem aparecendo, sendo necessário assegurar a participação de representantes de instituições independentes que tenham entre suas finalidades atuar em favor de direitos indígenas, como o Conselho Nacional de Direitos Humanos, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União, além de representantes indígenas, a serem indicados pela APIB.

Defendem, também, a elaboração de um plano específico voltado à proteção dos povos indígenas em relação ao avanço da pandemia do novo coronavírus, alinhado às diretrizes da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas (ONU), pois no plano apresentado pela SESAI não houve consulta aos povos indígenas, tampouco participação na sua elaboração, à revelia do que dispõe o art. 6º, I, “a” e “b”, da Convenção 169 da OIT, que prevê os direitos à consulta prévia e à participação dos povos indígenas em relação a medidas que os afetem.

Segundo os autores, esse plano deverá ser apresentado no prazo máximo de 20 dias, formulado com auxílio técnico da Fiocruz e participação indígena de, no mínimo, seis representantes, sendo pelo menos três indicados pela APIB e pelo menos outros três pelos Presidentes dos CONDISI. Após a homologação pelo Relator desta ADPF, o plano deve ser implementado pelos órgãos estatais competentes, sob o monitoramento do CNDH, mais uma vez com o auxílio técnico da Fiocruz, assegurada a participação indígena.

Aduzem estarem presentes os requisitos para a concessão de medida liminar, pois existe risco real de que as gravíssimas falhas do Governo Federal no enfrentamento à pandemia do coronavírus entre os povos indígenas, além de causarem elevado número de mortes e doentes, ocasionem até o extermínio de determinadas etnias.

Desse modo, requerem:

“a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas

isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoadate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato funcionamento da Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

Seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu- Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.

Seja determinado à União Federal que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas.

Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e

participação de representantes dos povos indígena, nos termos referidos no item anterior”.

Postulam, ainda, que seja conhecida e julgada, ao final, integralmente procedente esta ADPF, para confirmar, em caráter definitivo, todas as providências descritas no item anterior.

Diante da urgência do caso, o Ministro Relator determinou a intimação do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no prazo de 48 horas, para resposta preliminar. (eDOC 47)

Em sua manifestação (eDOC 56), acompanhada de informações da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Saúde Indígena SESAI, a AGU alega, preliminarmente, a ausência do requisito da subsidiariedade e do devido processo legal, tendo em vista que há notícia de diversas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, em andamento, com a mesma pretensão dos requerentes.

Afirma que, diante do formato regionalizado que caracteriza as ações de saúde voltadas à população indígena, o tratamento judicial de demandas relacionadas aos diferentes Distritos Sanitários Especiais deve ser abordado nas diferentes instâncias da Justiça Federal, e não via ADPF.

No mérito, a União defende a ausência dos requisitos necessários para a concessão da liminar. Sobre o *fumus boni iuris*, cita um conjunto de atos normativos que compõem a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, a qual não é prestada exclusivamente pela União, sendo integrada pela União, Estados e Municípios, de modo que sua atuação seria especializada, mediante uma organização que permite que os cuidados de atenção básica sejam levados até as aldeias e que os atendimentos mais complexos ou prestados em contextos urbanos sejam efetivados pela rede do SUS.

Aduz, *in verbis*, que:

“Sendo assim, a prestação de atendimento junto a esse Subsistema de Saúde demanda a satisfação de dois requisitos, a saber: (i) a condição de indígena aldeado; (ii) ou, se não aldeado, de estar dentro de uma dimensão geográfica tradicionalmente ocupada pela respectiva etnia em caráter permanente.

Portanto, o atendimento aos índios não aldeados ficará a cargo de Estados e Municípios de modo prioritário, tal como ocorre nas demais ações relacionadas à saúde. Não há, nessa diretriz, qualquer ingrediente arbitrário, ilegítimo ou discriminatório. Muito pelo contrário, cuida-se de um princípio de especialização absolutamente corriqueiro nas políticas públicas de recorte particularizado.

Compelir a Secretaria Especial de Saúde Indígena a atuar junto aos cidadãos que residem em municípios já contemplados por recursos federais desfiguraria por completo o atual sistema. De fato, essa solução não apenas prejudicaria

o atendimento nas aldeias, como também obrigaria a União a custear um serviço que já é remunerado pelo repasse de verbas fundo a fundo.

Tendo em vista a configuração ora apresentada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, o acolhimento do pedido autoral quanto a esse ponto implicaria a mudança brusca e radical de toda a política de saúde indigenista que vem

sendo desenvolvida nos últimos anos; demandaria, ademais, a integral reformulação administrativa das ações e políticas de saúde desenvolvida por cada ente federado no Sistema Único de Saúde”.

Sustenta que a pretensão da inicial, no sentido de transferir o planejamento, a supervisão e o monitoramento da política de enfrentamento da Covid-19 ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, é medida que desrespeita por completo a estruturação administrativa voltada ao atendimento da população indígena, pois essas atribuições cabem à Secretaria Especial de Saúde Indígena e, em especial, aos Distritos Sanitários Indígenas, conforme previsto no Decreto 9.795/2020.

Cita a existência de várias normas, políticas públicas e planos de contingência nacional e distrital para enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR - disponibilizadas para atuar em caso de surtos decorrentes da pandemia e outros agravos respiratórios) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC), que demonstrariam que órgãos da União não incorreram em omissão e diligenciaram ativamente para o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Alude, ainda, à necessidade de autocontenção do Poder Judiciário, diante da escassez de recursos materiais e humanos disponíveis para o combate a uma pandemia, havendo maior capacidade institucional e *expertise* técnica por parte dos órgãos do Poder Executivo do que por parte do Judiciário, e que a interferência deste último pode desorganizar as políticas em

andamento e produzir impacto adverso sobre a proteção de tais povos.

Destaca, também, a Portaria 419/PRES, de 17 de março de 2020, que estabelece medidas temporárias de prevenção à infecção e propagação do novo Coronavírus (Covid-19), como por exemplo:

“(i) A imposição de que o contato entre agentes da FUNAI, bem com a entrada de civis em terras indígenas sejam restritos ao essencial, de modo a prevenir a expansão da epidemia (artigo 3º, *caput*);

A suspensão da concessão de novas autorizações de entrada nas terras indígenas, à exceção das necessárias à continuidade da prestação de serviços essenciais às comunidades, conforme avaliação pela autoridade competente da Coordenação Regional– CR (artigo 3º, § 1º);

A determinação de que as autorizações já concedidas sejam reavaliadas pelas CR's à luz da prevenção da epidemia da COVID-19, podendo ser reagendadas, especialmente quando envolverem a realização de eventos ou impliquem a entrada de mais de 05 pessoas na terra indígena (artigo 3º, § 2º);

iv) A suspensão de todas as atividades que impliquem o contato com comunidades indígenas isoladas (artigo 4º)”.

Assim, diante dessas várias providências, estaria afastado o *periculum in mora* deduzido pelos autores na inicial.

Ao final, pugna pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada pelos arguentes.

Em 22.7.2020, o Relator, Min. Roberto Barroso, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, nos seguintes termos:

“III.1. Quanto aos Povos Indígenas em Isolamento ou Povos Indígenas de Recente Contato:

Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União,

ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

Criação de Sala de Situação , para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando- se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. Quanto a Povos Indígenas em Geral

Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:

indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos”. (eDOC 146)

O Conselho Indigenista Missionário (eDOC 72), Conectas Direitos Humanos (eDOC 84) e a Comissão Guarani Yvyrupa (CGY – eDOC 148) requereram ingresso como *amici curiae*, o que foi deferido pelo Relator em 29.7.2020.

1) Cabimento e Legitimidade

O art. 103, §1º, da Constituição Federal prevê a competência do STF para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos da lei:

“Art. 103. *omissis*.

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Regulamentando a referida norma, a Lei 9.882/99 trata dos requisitos e procedimentos aplicáveis à referida ação. Nesse sentido, o art. 1º, parágrafo único, I, e art. 4º, §1º, preveem o seguinte:

“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

(...)

Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. (grifo nosso)

É importante destacar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para preencher uma lacuna expressiva no sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme já destaquei em âmbito acadêmico, a implementação da ADPF buscou suprir “*esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição de decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada guerra de liminares*” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19).

No âmbito da jurisprudência, registrei que a admissibilidade da ação se encontra vinculada “*à relevância do interesse público presente no caso, de modo que a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal*” (ADPF 33/PA, Tribunal Pleno, de minha Relatoria, j. 7.12.2005).

Os autores indicam violação aos seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com sua cultura e tradições (art. 231).

Afirmam os arguentes da presente arguição que as lesões a preceitos fundamentais decorreriam de múltiplos atos comissivos e omissivos de instituições públicas federais, especialmente: i) da omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios

indígenas ou a não remoção de seus invasores; ii) da orientação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) de limitar a sua atuação, como órgão responsável pela saúde indígena, apenas aos índios aldeados em terras indígenas homologadas; e iii) da absoluta insuficiência de políticas públicas de órgãos indigenistas, como a Sesai e a Funai, voltados a proteger os povos indígenas diante da pandemia da COVID-19.

Está clara a relevância do tema e a existência de preceitos fundamentais ligados à saúde e à vida das comunidades indígenas destacadas na inicial, sendo juízo de mérito saber se houve ou não tais violações pelos atos omissivos ou comissivos elencados.

Verifico preenchido o requisito da subsidiariedade no caso concreto, consistente em previsão da Lei 9.882/1999, que impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Em outras oportunidades, destaquei que, à primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de outro meio eficaz a afastar a eventual lesão, seria possível manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, na inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), o meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida

ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte pode decidir de imediato um recurso constitucional caso fique demonstrado que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: “*apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional*”. (Cf. BVerfGE, 91/93 [106])

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que “*tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias “*não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis*”. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“(…) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, a, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo)”.

Vê-se, assim, que, também no Direito espanhol, tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão

judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará, pelo menos de forma direta, sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador- Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Desse modo, considerando o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento.

Assim, é fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade constante no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

Ademais, conheço da ADPF, tendo em vista que foi ajuizada por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, quais sejam, Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Rede Sustentabilidade (Rede), Partido dos Trabalhadores (PT); e Partido Democrático Trabalhista (PDT), que são considerados legitimados universais, desnecessária, outrossim, a

demonstração de pertinência temática.

2) Âmbito de proteção constitucional aos indígenas frente à atual pandemia

Dispõe o art. 231 da Constituição Federal:

“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.**

(...)

§ 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”. (grifo nosso)

Vê-se, pois, que existem salvaguardas para a defesa dos costumes e das tradições dos silvícolas, entre elas a de que os Poderes Públicos devem zelar pelo reconhecimento das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios que sejam: habitadas; utilizadas para fins produtivos; ou imprescindíveis para preservar os “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*”.

Tal circunstância leva à conclusão de que, assim como o objeto (uso da terra), os meios utilizados para reprodução física e cultural também devem ser preservados pelo Estado

brasileiro, entre eles, os “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar*”, extraindo-se desse bem-estar, o direito à vida e à saúde, como corolários do art. 196 da CF:

“Art. 196. **A saúde 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (grifo nosso)

Isso significa que o Estado tem a obrigação de implementar políticas públicas “*que visem à redução do risco de doença*” a todos, o que, por óbvio, inclui a atenção diferenciada aos povos indígenas na proteção dos “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar*”, entre eles a atmosfera, aplicando-se analogicamente o conceito de recurso ambiental do art. 2º, IV, da Lei 9.985/2000:

“Art. 2º. Para os fins previstos nesta lei, entende-se por: (...)

V - **recurso ambiental: a atmosfera**, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. (grifo nosso)

Assim, em razão de o recurso natural ser aquele necessário à existência e à preservação da vida, tal como a atmosfera, nesta se inclui a salubridade do meio ambiente que circunda as comunidades indígenas, visando à proteção da saúde e da vida.

Há certo consenso de que o contágio ocorre principalmente pela exposição a gotículas de saliva suspensas no ar, bem ainda depositadas na superfície da pele ou de objetos, restando evidente o risco da exposição das comunidades indígenas que não dispõem do mesmo nível de anticorpos dos demais integrantes da sociedade brasileira.

Segundo consta do sítio eletrônico do Ministério da Saúde:

“A transmissão acontece de uma pessoa doente para outra ou por contato próximo por meio de:

Toque do aperto de mão contaminadas; Gotículas de saliva;

Espirro; Tosse; Catarro;

Objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, talheres, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc.”(Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em 5.8.2020)

A história denota casos de alta mortalidade dos indígenas, na época da colonização europeia, em decorrência dessa gritante diferença imunológica, o que ocasiona maior susceptibilidade a doenças infectocontagiosas (WAIZBORT, R.; PORTO, F. Epidemias e colapso demográfico no México e nos Andes do século XVI: contribuições da biologia evolutiva. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 25, n. 2, p. 391–407, jun. 2018).

Segundo matéria da coluna painel, do dia 3 de agosto do corrente ano, no jornal Folha de São Paulo:

“Quatro meses após o início da pandemia, a a Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena), ligada ao Ministério da Saúde, registrou na quarta-feira passada (29) 15 mil casos de indígenas contaminados e 276 óbitos. O número, contudo, é contestado por entidades e ONGs (organizações não-governamentais) que atuam na assistência de povos indígenas. Levantamento feito pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) registra 19,7 mil casos e 590 óbitos” (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/08/sebastiao-salgado-apela-ao-stf-por-expulsao-de-invasores-de-terras-indigenas-contra-covid-19.shtml>. Acesso em 5.8.2020, grifo nosso)

Não custa lembrar que a resposta estatal deve estar à altura desse desafio, incluindo-se as medidas preventivas ou mitigadoras, tais como postuladas nestes autos.

Em obra doutrinária coordenada por mim, pelo Prof. José Roberto Afonso e por Hadassah Laís Santana (*Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas*, no prelo), tivemos a oportunidade de registrar, no capítulo introdutório, em coautoria, o seguinte:

“Vivemos um dos maiores desafios dos últimos cem anos (certamente o maior das últimas quatro gerações), em se tratando de medidas sanitárias, epidemiológicas, econômicas e sociais. As consequências que já sabemos

(milhares de mortes, desemprego de milhões de pessoas, fechamento de milhares de empresas, diminuição da remuneração de praticamente todo o Segundo e Terceiro setores, estagnação econômica, entre outros) e as ainda incertas (em sua extensão – tamanho da recessão e o momento da retomada do crescimento econômico, retorno dos empregos e do padrão remuneratório perdidos etc.) perdurarão algumas delas por mais de um ano, necessitando de uma resposta estatal à altura do problema que estamos enfrentando.

Temos assistido a medidas contraditórias, descoordenadas e investimentos públicos ineficazes no combate à pandemia (vide a espiral de casos confirmados e a escalada de dezenas de milhares de mortes lastimáveis), seja pela sobreposição de atos governamentais dúbios, seja pela gritante disparidade de preços dos mesmos produtos nas unidades federativas, incluindo a necessidade de auxílio financeiro aos entes subnacionais que perderam receitas com a crise que assola o país.

É indubitável que o Congresso Nacional tem atuado de maneira célere, aprovando, desde a descoberta da circulação do vírus em nosso território, a cada mês, uma importante medida legislativa, v. g., a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (que instituiu medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública), o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (declaração do estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (auxílio financeiro de R\$ 600,00 a pessoas que preencham os requisitos legais), a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020 (instituição de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações) e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020 ('Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus'), mas é necessário se pensar em um projeto de coordenação unificada, de alcance nacional, com execução descentralizada e de média duração para fazer frente à esse cenário de guerra à Covid-19 (Sars-CoV-2).

(...)

A quadra atual exige grandeza, altivez e espírito público de todos aqueles que representam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em todas as suas esferas de poder.

(...)

É chegada a hora de, deixando as divergências de lado, promovermos uma verdadeira união nacional – e paritária – entre todos as unidades federativas, em torno do tema comum:

o combate à pandemia, construindo-se consensos mínimos em medidas administrativas, financeiras e operacionais necessárias para fazer frente à calamidade sanitária, fiscal, orçamentária e econômica decorrente daquela.

Enfrentar a pandemia é um desafio nacional que requer, por óbvio, resposta de mesma envergadura". (MENDES, Gilmar Ferreira; AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís. Org. *In Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020)

Segundo estudos científicos, o Brasil é um dos países que menos realiza testagem para a Covid-19 (74 testes diários para cada milhão de habitantes). Comparativamente, analisemos alguns exemplos: Austrália (realiza 1.860 testes diários por milhão), Portugal (1.300), Estados Unidos (1.950), Reino Unido (1.390), Alemanha (830), Espanha (560), Colômbia (370), Uruguai (260) ou Paraguai (210), Peru (90) e México (80).

Apesar de nossa população ser o equivalente a 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) da população mundial, correspondemos a 14% (quatorze por cento) das confirmações da doença e a 12% (doze por cento) da letalidade globais.

Ainda que persistam dúvidas se existem outras formas de propagação da atual pandemia – que não seja a exposição ao vírus no ar ou em objetos –, é necessário lembrar, com extremo pesar e assombro, que nosso país atingiu, lamentavelmente, o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América).

Em uma visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).

Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

Assim, extrai-se do § 5º do próprio art. 231 da CF – que excepciona a epidemia como uma das três únicas situações (ao lado das catástrofes naturais e do interesse da soberania nacional), nas quais pode haver remoção dos grupos indígenas de suas terras – um nível de proteção especial e individual aos membros das comunidades silvícolas.

Diante desse cenário lastimável de pandemia, não tenho dúvidas em asseverar que as comunidades indígenas, ao lado de outras igualmente vulneráveis, fazem jus à proteção estatal específica, consubstanciada em políticas públicas urgentes que possam minimizar ou evitar a propagação do vírus Sars-CoV-2 (coronavírus), no intuito de assegurar o bem-estar daquelas espalhadas pelo Brasil.

Essa preocupação com a proteção constitucional aos costumes e à identidade territorial

(incluindo o bem-estar indígena) é tão forte que houve situações nas quais esta Corte proibiu a oitiva de indígena fora de seu habitat, calhando lembrar o célebre HC 80.240, oportunidade em que o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, assentou o seguinte:

“CPI: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu habitat: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). **A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/1988, art. 231, § 5º). A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais**”. (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 14.10.2005, grifo nosso)

Particularmente nos casos da epidemia (mesma consequência para a pandemia) e das catástrofes naturais, há a exigência constitucional de a decisão estatal, *ad referendum* do Congresso Nacional, comprovar que haja necessariamente risco à população indígena correlacionado à manutenção naquela localidade.

Sendo assim, percebe-se que o foco da proteção estatal, precipuamente, é o bem-estar dessa população. Tão significativo é esse escopo que a própria Constituição excepciona essa garantia de inamovibilidade territorial em caso de epidemia que ponha em risco a população indígena.

Portanto, conclui-se que é constitucionalmente impositivo e urge ao Estado proporcionar medidas preventivas, mitigadoras ou compensatórias, de proteção particularizada e diferenciada, ao bem-estar da comunidade indígena, mormente neste cenário nefasto que vivemos (pandemia de Covid-19, advinda do vírus Sars-CoV-2).

O assunto tem despertado grande clamor na sociedade civil, como noticiou o aclamado fotógrafo brasileiro Sebastião Salgado, em recente evento intitulado “*A pandemia e os desafios da agenda ambiental*”, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (A pandemia e os desafios da agenda ambiental | O Direito em Tempos de Covid-19.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JxCDYWkepwl>>. Acesso em: 5.8.2020)

Com efeito, em manifesto lançado em 1º de maio de 2020 e que já conta com mais de 305 mil assinaturas, incluindo personalidades nacionais e internacionais, Sebastião e Lélia Salgado conclamam as autoridades constituídas brasileiras para ‘*adotarem medidas imediatas para proteger as populações indígenas do país contra esse vírus devastador*’. (Lélia e Sebastião Salgado: ajude a proteger os povos e indígenas da Amazônia do Covid. Disponível em:

<https://secure.avaaz.org/community_petitions/po/presidente_do_brasil_e_aos_lideres_do_legislativo_ajude_a_proteger_os_povos_indigenas_da_amazonia_do_covid19/>. Acesso em: 5.8.2020)

Tendo isso como pano de fundo, em grande parte, as medidas apontadas pelo relator (instalação de barreiras sanitárias de proteção, implementação de sala de situação, além de participação efetiva nesta das comunidades indígenas e entidades representativas da sociedade – Conselho Nacional de Direitos Humanos, MPF, DPU) apresentam-se, ao meu ver, adequadas, necessárias e proporcionais para o fim de proteção específica das comunidades indígenas indicadas na petição inicial, acolhendo sugestões mundialmente disseminadas pela Organização das Nações Unidas (Diretrizes do Alto Comissariado da ONU) e, regionalmente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Resolução 1/2020), a saber:

“Grupos em situação de especial vulnerabilidade

Considerar os enfoques diferenciados requeridos ao adotar as medidas necessárias para garantir os direitos dos grupos em situação de especial vulnerabilidade no momento de adotar medidas de atenção, tratamento e contenção da pandemia da COVID-19, bem como para mitigar os impactos diferenciados que essas medidas possam gerar.

Promover, a partir das mais altas autoridades, a eliminação de estigmas e estereótipos negativos que possam surgir sobre certos grupos de pessoas a partir do contexto de pandemia.

(...)

Povos indígenas

Proporcionar informação sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecendo, quando for possível, facilitadores interculturais que lhes permitam compreender de maneira clara as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia.

Respeitar de forma irrestrita o não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, dados os gravíssimos impactos que o contágio do vírus poderia representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

Extremar as medidas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19, levando em consideração que estes coletivos têm direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural, que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais.

Abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante o tempo que durar a pandemia, em virtude da impossibilidade de levar adiante os processos de consulta prévia, livre e informada (devido à recomendação da OMS de adotar medidas de distanciamento social) dispostos na Convenção 169 da OIT e outros instrumentos internacionais e nacionais relevantes na matéria”.

Ainda no plano internacional, merece registro que, em 17.7.2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) concedeu medidas cautelares pleiteadas pela Hutukara Associação Yanomami e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, a favor dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, nos seguintes termos:

“V. DECISÃO

57. À luz dos antecedentes assinalados, a CIDH considera que o presente assunto reúne *prima facie* os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade contidos no artigo 25 do seu Regulamento. Em consequência, a Comissão solicita ao Brasil que:

adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da COVID-19, além de lhes fornecer atendimento médico adequado em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis;

acordar as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes; e

relatar as ações adotadas para investigar os fatos que levaram à adoção dessa medida cautelar e, assim, evitar sua repetição”.

Destaco, na deliberação da CIDH, a inexorável necessidade da participação das comunidades potencialmente afetadas (item b), no mesmo sentido consignado pelo eminente relator nas medidas cautelares ora submetidas à ratificação deste plenário.

A determinação de implementação de Sala de Situação e do Plano de Contingência não configura desrespeito ao postulado da Separação de Poderes, na medida em que já estavam previstos em norma do próprio Governo Federal (Portaria Conjunta 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai). Senão vejamos:

“Art. 7º. As ações e medidas urgentes deverão ser norteadas, conforme o caso, por meio do Plano de Contingência para Situações de Contato e do Plano de Contingência para Surtos e Epidemias.

§ 1º. O Plano de Contingência para Situações de Contato será formulado de modo a responder de forma adequada e oportuna às situações de contato, devendo abranger o conjunto de atividades e procedimentos para estabelecer medidas de prevenção ou mitigação dos efeitos negativos desse tipo de evento.

§ 2º. O Plano de Contingência para Surtos e Epidemias em populações indígenas de Recente Contato será formulado de modo a responder de forma adequada e oportuna às situações de surtos de adoecimento e epidemias em povos indígenas de contato recente, devendo abranger o conjunto de atividades e procedimentos para estabelecer medidas de assistência e tratamento desses eventos.

(...)

Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º. A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º. A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º. A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º. A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

Art. 13. As decisões e orientações adotadas pela Sala de Situação serão implementadas pela Equipe de Referência Local com o apoio das equipes multidisciplinares de saúde indígena do Distrito Sanitário Especial Indígena e, conforme a necessidade, outros profissionais de saúde colaboradores”.

Ou seja, a política pública, de certa forma, já está criada mas não está implementada ou funcionando adequadamente.

Também não vislumbro razões para discriminar os indígenas aldeados em terras não homologadas pela Funai daqueles reconhecidamente vinculados a território homologado, razão pela qual concordo em “*determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas*”.

Vincular ou limitar a proteção do mencionado Subsistema Indígena de Saúde apenas aos povos aldeados de terras já demarcadas é o mesmo que subordinar a proteção das populações indígenas a trâmite burocrático concernente ao reconhecimento de direito à terra, circunstância incompatível com a proteção conferida pela Constituição Federal e por compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (Convenção 169 da OIT).

Em última análise, é propriamente a condição de povo indígena que atrai a proteção normativa à terra tradicionalmente por eles ocupada e não o contrário.

Pelos mesmos motivos, entendo ser o caso de “*estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral*”.

De outro lado, assim como o relator, também não vislumbro *periculum in mora* quanto à exclusão de não índios das áreas que envolvem as comunidades, tendo em vista que se trata de situação há muito vivenciada e que requer cuidados redobrados em época de pandemia.

Voto

Ante o exposto, voto pelo referendo da decisão cautelar, ao estipular diversas providências no âmbito da política pública, já existente, de proteção à saúde e à vida da população indígena daquelas comunidades elencadas na exordial.

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, preliminarmente, também não poderia deixar de lavrar um profundo elogio ao Ministro Luís Roberto Barroso não só pela profundidade do seu voto, mas também pela prudência com que se houve um tema tão sensível e, acima de tudo, pela comprovação de que a atividade jurisdicional não se exerce apenas nos limites do nosso gabinete.

Sua Excelência fez uma inspeção judicial no local do conflito, no local objeto dessa ação constitucional, no que conferiu uma visão prática muito importante e acabou engendrando esta solução bastante contente e meticulosa que Sua Excelência nos ofereceu, que vem sendo referendada pelos Colegas com alguns adminículos, que não infirmam a decisão que foi tomada.

A nossa Constituição é uma Constituição pós-positivista, é uma Constituição cujas regras e princípios se aproximam da ética e da legitimidade. É uma Constituição que transforma o ser humano o centro de gravidade do universo jurídico.

E ela inicia, exatamente, protegendo a pessoa humana, os direitos fundamentais da pessoa humana, e o faz no art. 5º da Constituição Federal. Protege os direitos fundamentais,

segundo o rol bastante exemplar para outras constituições, e como não poderia deixar de ser, assenta o princípio da igualdade.

Mas, mercê de assentar o princípio da igualdade, a Constituição Federal verifica que o cumprimento do postulado da isonomia exige um tratamento diferente para os diferentes. E quem são os diferentes? São as pessoas que pertencem a minorias vulneráveis que o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado para estender a elas, como não poderia deixar de ser, a tutela dos direitos fundamentais.

Só que a Constituição preconizou uma superproteção da população indígena, estabelecendo um capítulo próprio à proteção dos direitos humanos dessa população mais vulnerável. E, como consequência, também firmou direito inalienável à vida e o direito à saúde. E nós estamos exatamente nesse campo do direito à saúde, em que essa pandemia, em razão do habitat dessa população, não pode ser alcançada através da intromissão de outrem que vive no ambiente que está severamente contaminado.

Então, sinteticamente, nós podemos dizer que nós estamos diante da proteção do direito à saúde dos indígenas. E essa proteção encontra alguns obstáculos práticos que foram verificados, *in loco*, pelo Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Procurei fundamentar a minha decisão em um voto extenso que, à semelhança dos demais Colegas, farei juntar. Mas, na verdade, essa solução a que ora se chega tem fundamentos axiológicos muito importantes.

O primeiro deles, a meu modo de ver, Senhor Presidente, é que a própria Constituição de 88 procurou consagrar a autonomia dos povos indígenas e exigiu respeito pelo modo de vida destes, pelos costumes, tradição, e tudo isso mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente são por eles ocupadas.

E, nada obstante, Senhor Presidente, a realidade dos índios ainda carrega infelizmente as marcas da marginalização, da ausência de participação nos processos decisórios e na vulnerabilidade no campo social, político-econômico, como destacou, logo no início, o Ministro- Relator, no que foi acompanhado, nesse fundamento, pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Por outro lado, Senhor Presidente, nós tivemos um momento de exceção dentro de um

Estado de Direito. E um dos maiores vetores da defesa do Estado de Direito no momento de exceção é, se por um lado, uma deferência àqueles que têm capacidade institucional para enfrentar esse momento de exceção, também é a tutela dos direitos fundamentais.

E essa pandemia da covid-19 tem apresentado um impacto desproporcional sobre esses povos indígenas originários. Os dados apresentados no processo, no meu modo de ver, são dados efetivamente alarmantes. E a partir do momento que a Constituição Federal protege a autonomia da população indígena, isso é uma obrigação do Poder Público.

Nós não podemos assistir passivamente a essa taxa de mortalidade que atinge os indígenas, e está comprovado no processo, que é de 9,6% contra 5 e 6% da população brasileira em geral dessa contaminação pela pandemia.

Verifiquei no documento apresentado pela SESAI - Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Justiça, que até 30 de julho - ou seja, há pouco tempo -, 279 indígenas morreram em decorrência da covid-19 e 15.419 estão infectados pelo novo coronavírus. É uma população ínfima. Veja esta relação, 279 morreram e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus! Esses números ainda são maiores, quando contabilizadas 599 mortes por covid-19 e 20.809 casos confirmados em 145 comunidades originárias afetadas.

É claro que, diante dessa diminuta população e da extensão dessa contaminação, se verifica uma certa procedência em declarações alarmantes, como da líder indígena brasileira Sônia Guajajara, afirmando que está em curso um verdadeiro genocídio, ou melhor, a forma vernacular perfeita, conforme o Ministro Fachin destacou, o etnocídio que essa pandemia vem atentando contra essa população vulnerável. E na própria audiência, na Câmara dos Deputados, falou-se em genocídio, e essa líder indígena justificou, o que foi veiculado por todas as emissoras, que quando se fala em genocídio não é realmente um exagero. Falar em genocídio em curso significa que o povo indígena está morrendo e que o Estado brasileiro não pode continuar a fazer de conta que não está verificando essa tragédia.

Há um detalhe também, Senhor Presidente, que está em consonância com os valores culturais protegidos pela Constituição e que apresentam um efeito reflexo com a morte desses indígenas, principalmente os idosos.

E é fácil perceber que o alto número de mortes de indígenas idosos pela covid-19 tem

colocado em risco líderes em terras excepcionais que só continuaram a ser preservadas em razão desses membros mais antigos da comunidade. Isso é algo que não tínhamos noção, mas é traduzido pela *expertise* dos líderes indígenas.

Então a indígena Ângela Kaxuyana, membro do povo Kahyana e coordenadora do COIAB - Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, destacou, com muita propriedade, que as comunidades originais, ao perderem uma pessoa mais velha, forçosamente perdem a memória da própria existência do povo indígena. E ela fez uma comparação muito interessante, dizendo: A morte desses idosos indígenas é, *mutatis mutandis*, o mesmo que o Museu Nacional pegar fogo, destruindo toda a memória de uma civilização. Por isso, apelou, naquela oportunidade, quando declarou que esse etnocídio, essa preocupação com a morte dos idosos tem sido o verdadeiro desespero para os mais jovens, exatamente porque, de um dia para o outro, uma parte significativa do conhecimento indígena se vai juntamente com as vidas desses líderes idosos.

Senhor Presidente, cito aqui proteção transnacional dos povos indígenas; já foram indicados, pelos votos que me antecederam, os documentos transnacionais, os documentos das decisões do Comitê Interamericano de Direitos; cito, até pela postura exemplar da Corte colombiana, que erigiu a figura do estado de coisas inconstitucional, que ela se dedicou ao tema e tocou num ponto importantíssimo que coincide com a Convenção nº 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil, acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente, que envolvem o direito dos indígenas.

A Corte colombiana, conforme aqui mencionei, já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para realização de políticas que impactam o seu território é insuficiente. E nós sabemos que essa ADPF é proposta exatamente pela insuficiência das políticas governamentais, que aliás, num gesto de lealdade e ética, foi reconhecido pelo Advogado-Geral da União, que afirma que o poder público está se propondo a cumprir tudo aquilo que foi deliberado nessa minuciosa medida liminar deferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Por outro lado, Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre essa proteção dos povos indígenas. Agora há pouco, o Ministro Gilmar Mendes citou o *habeas corpus* que não passara pelo meu critério de pesquisa. Mas verifico que temos um precedente importante do Plenário na MC-ADPF 347 da relatoria do nosso Decano Ministro Marco

Aurélio, quando se assentou que a omissão por parte das instituições originalmente responsáveis, enquanto o Poder Judiciário intervenha, não há nenhuma violação à cláusula de separação de Poderes. É nesse momento que o Judiciário é o melhor *player* para intervir nos casos de omissão; e, de uma maneira dialógica, como foi entendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que indicou uma série de mesas de negociação, de sala de situação, enfim, para exatamente de uma forma dialógica elaborar políticas públicas de proteção dos grupos minoritários, tal como assentado pelo Ministro Marco Aurélio nessa MC-ADPF 347.

Por fim, Senhor Presidente, temos uma pequena divergência no Plenário quanto a algumas medidas complementares que eventualmente estão sendo levadas em tempo, em razão exatamente dos termos que o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu no seu voto.

E é verdade que muitas vezes, como diz o Ministro Ricardo Lewandowski, não podemos ficar só no plano da definição dos direitos. Temos que também invadir o plano da realização dos direitos. Daí a sua proposta dos dias fixados com cronograma para implementação dessas medidas.

Entretanto, não se pode desconhecer que, nesses casos, exige-se muita prudência. Exige que às vezes não se possa conceder à parte aquilo que ela pretende, mas menos, mas que seja satisfatório, que seja realizado no curto tempo.

Assim, recordo-me, nesse momento, o professor Barbosa Moreira, que trazia ao Brasil o professor alemão da escola germânica, o Professor Fritz Baur, o qual escreveu uma das maiores obras sobre tutela jurídica mediante essas medidas liminares. Então, ele dizia que o juiz, por vezes, tem de ser o artesão da solução no caso concreto, trazer uma solução sob medida.

No meu modo de ver, foi exatamente isso que ocorreu na espécie. Prudência, visão de proporcionalidade, inserção de algo (ininteligível), mas que levará ao resultado ótimo em relação à essa questão tão delicada como sói ser a questão da proteção da população indígena e seus direitos fundamentais especiais, previstos em capítulo próprio em que, agora, o Supremo Tribunal Federal se debruça e resolve essa questão de forma bastante razoável, concedendo um espaço. Foi a melhor solução dos conflitos dessa natureza, que é a solução consensual, contando com a boa vontade declarada da Advocacia-Geral da União.

De sorte, Senhor Presidente, que estamos todos de acordo, talvez um Colega ou outro

acrescente algo, mas estamos todos de acordo com o referendo da medida cautelar, da tutela de urgência deferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Agradecendo a atenção e a tolerância, estou referendando a medida nos termos do voto do Ministro-Relator.

V O T O

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE, E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CF/88, ARTS. 1º, III; 5º, CAPUT; 6º ;196 E 231

A Constituição de 1988 consagrou a autonomia dos povos indígenas e exigiu o respeito por seus modos de vida, costumes e tradições, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam. Nada obstante, a realidade dos índios ainda carrega as marcas da marginalização, da ausência de participação nos processos decisórios e da vulnerabilidade nos campos social, político e econômico.

A pandemia de Covid-19 tem apresentado um impacto desproporcional sobre os povos originários. De acordo com a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), do Ministério da Saúde do Governo Federal, até 30/7/2020, 279 indígenas morreram em decorrência da Covid-19 e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus¹.

O alto número de mortes de indígenas idosos por Covid-19 também tem colocado em risco línguas e festas tradicionais, que só continuavam preservadas em razão dos membros mais antigos das comunidades.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expediram diretrizes advertindo para a necessidade de proteção especial para os povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus. Nas resoluções, ressaltam o dever dos Estados de impor medidas que regulem o acesso de pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com os povos interessados, bem como o dever de combater avanços na

implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante a pandemia .

O crescente número de mortes de indígenas por Covid-19, o impacto irreparável na preservação de sua cultura e a ausência de sua participação nas políticas em curso reclamam uma ação governamental conjunta, participativa e efetiva na defesa dessa população. As inúmeras denúncias feitas por representantes das comunidades e os dados alarmantes a respeito da população contaminada comprovam que as medidas estatais tomadas até o momento têm sido insuficientes para o acolhimento real dessa população vulnerável.

A ausência de participação efetiva das comunidades no “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas”, elaborado pelo Governo Federal, ilustra as severas deficiências das medidas empreendidas pela União. Consoante disposto na Convenção 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil, as decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação.

No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural .

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes .

Este Supremo Tribunal Federal já assentou que, nos cenários de bloqueios políticos e omissões por parte das instituições originalmente responsáveis (e.g., Poderes Legislativo e Executivo), o Judiciário pode e deve intervir – de forma dialógica – na elaboração de políticas

públicas para a proteção de grupos minoritários. Precedentes do Plenário: STF, MC na ADPF 347, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/2/2016 e STF, Pet 3388 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 04/2/2014.

Ex positis, voto no sentido de acompanhar integralmente o Ministro Relator Roberto Barroso, e conceder parcialmente as medidas cautelares requeridas, nos termos do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

Os requerentes afirmam, em síntese, que o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas. Tais comunidades reuniriam componentes que as tornam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral. Isso porque os indígenas detêm maior vulnerabilidade imunológica, sociocultural e política: são historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, por sua menor exposição a tais patologias; seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário, com o compartilhamento de habitações e utensílios, além de viverem, muitas vezes, em áreas remotas ou de difícil acesso; e, finalmente, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais.

Os requerentes afirmam, nesse contexto, a existência de profunda omissão estatal na contenção do vírus nessas comunidades, em clara violação ao seu direito à vida, saúde, dignidade humana e cultura.

O presente voto está estruturado em três partes. Em *primeiro lugar*, analiso o impacto desproporcional da Covid-19 sobre os povos originários e os dados alarmantes a respeito do número de indígenas e mortos e infectados. Em *segundo lugar*, examino as diretrizes internacionais e domésticas para a proteção dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-

9. Em *terceiro lugar*, discuto a posição desses povos na Constituição de 1988 e seus direitos fundamentais específicos. Por fim, analiso cada uma das medidas cautelares postuladas e parcialmente deferidas, à luz das capacidades institucionais e de soluções dialógicas entre os Poderes Judiciário e Executivo na formulação de políticas públicas.

1. **O impacto desproporcional da Covid-19 sobre os povos originários**

A Covid-19 apresenta um impacto desproporcional sobre os povos originários. Dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) , ora requerente, atestam que a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral. De acordo com a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), do Ministério da Saúde do Governo Federal, até 30/7/2020, 279 indígenas morreram em decorrência da Covid-19 e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus². Esses números são ainda maiores segundo a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), que contabiliza 599 mortes em razão da Covid-19, 20.809 casos confirmados e 145 comunidades originárias afetadas³.

De fato, o novo coronavírus tem se alastrado com grande rapidez por diversas populações indígenas, desde os que vivem em áreas urbanas até povos que habitam regiões remotas da Amazônia. Consoante destacado pelos requerentes, os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. No plano histórico, não é difícil encontrar exemplos de como a baixa imunidade desses povos a doenças como varíola, sarampo, tuberculose e gripe custaram a vida de milhões de indígenas, com a dizimação de inúmeros grupos e etnias.

Com efeito, durante audiência virtual promovida pela Câmara dos Deputados, líderes indígenas brasileiros afirmaram estar em curso um verdadeiro "genocídio" em distritos indígenas devido à pandemia do novo coronavírus. No mesmo sentido, Leila Saraiva, assessora política do Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), denuncia que, diante do quadro de omissão estatal generalizada, são as próprias "*organizações indígenas que estão construindo um plano com detalhamento de qualidade invejável. Elas sim estão evitando o genocídio que está em curso*"⁴ .

Para além da dor da perda de membros das comunidades, os indígenas brasileiros ainda têm sido testemunhas da perda de sua língua e tradições, que em geral são conservadas e ensinadas pelos mais velhos. O alto número de mortes de indígenas idosos por Covid-19 tem colocado em risco línguas e festas tradicionais, que não poderão mais ser resgatadas. Isso porque muitas das 200 línguas indígenas faladas no Brasil só continuam preservadas em razão dos membros mais antigos das comunidades.

Representantes do Movimento indígena Munduruku Ipereg Agu também ressaltam que, em suas comunidades, é comum que os mais velhos sirvam de conselheiros e guardiães de sabedoria e tradições em sociedades caracterizadas pela transmissão oral da história, das tradições e informações de gerações anteriores. Em nota de pesar publicada pelo movimento, foi destacado que “[A epidemia] está sendo uma das formas de destruição de nosso povo, a morte dos nossos sábios, nossos velhos, nossos conhecedores”⁵ .

Na mesma linha, Angela Kaxuyana, membro do povo Kahyana e coordenadora das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), salientou que, para as comunidades originárias, “perder uma pessoa mais velha é perder a memória da nossa existência enquanto povo. É como o Museu Nacional pegando fogo. Tem sido um desespero muito grande para nós, mais jovens. De um dia para outro, uma parte significativa do nosso conhecimento, das nossas vidas, se vai de uma forma violenta”⁶. Ainda, a própria Sociedade de Arqueologia Brasileira destacou em nota que “estes anciãos eram fontes de conhecimento, autoridade moral, orientação política e espiritual, verdadeiros alicerces do povo Munduruku (...). Com o falecimento destes sábios, lamenta-se também a perda do conhecimento que eles carregavam sobre a história de seu povo e de toda região”⁷ .

Diante do crescente número de mortes de indígenas por Covid-19 e do impacto irreparável na preservação de sua cultura, reconheço a necessidade de uma ação governamental conjunta, efetiva e urgente na defesa dessa população. As inúmeras denúncias feitas por representantes das comunidades e os dados alarmantes a respeito da população contaminada comprovam que as medidas estatais tomadas até o momento têm sido insuficientes para o acolhimento real dessa população vulnerável. A omissão governamental, inclusive, foi recentemente exposta em reportagem jornalística denunciando que “a precariedade do atendimento governamental e o medo do novo coronavírus têm forçado os povos indígenas do Brasil a pensar em soluções autônomas. À margem do conflito entre o presidente da República, governadores e prefeitos, que fazem cabo de guerra sobre a questão

do lockdown, as comunidades indígenas contam, basicamente, com as próprias lideranças, ONGs e profissionais da saúde para se manterem protegidos”⁸.

Nesse prisma, diante do grave quadro de omissão, faz-se necessária a intervenção judicial na matéria para assegurar o cumprimento de normas internacionais e nacionais de proteção às comunidades originárias.

2. Diretrizes internacionais e constitucionais para a proteção dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-9

Diversos órgãos internacionais vêm advertindo para a necessidade de proteção especial para os povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por exemplo, expediu diretrizes para o enfrentamento da COVID-19, destacando medidas que devem ser adotadas em relação aos povos indígenas:

“Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas utilizam um conceito diferente de saúde, que compreende a medicina tradicional, e devem consultar e considerar o consentimento prévio e informado destes povos com vistas à elaboração de medidas preventivas para impedir o COVID-19. Os Estados devem impor medidas que regulem o acesso de pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com os povos interessados, especialmente com suas instituições representativas. Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. As barreiras que forem implantadas para impedir o acesso de pessoas de fora de seus territórios devem ser gerenciadas rigorosamente, a fim de evitar qualquer contato”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, expediu a Resolução n° 01/2020 sobre ‘Pandemia e Direitos Humanos nas Américas’, reconhecendo que grupos em situação de especial vulnerabilidade, como os povos indígenas, sentem mais fortemente os impactos do vírus, dada a realidade desigual e de violência generalizada a que estão submetidos. Por isso, a CIDH recomenda aos Estados as seguintes medidas:

“55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, dados os gravíssimos impactos que o contágio do vírus poderia representar para sua subsistência e sobrevivência como povo. Extremar as medidas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19, levando em consideração que estes coletivos têm direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural, que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais.

Abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante o tempo que durar a pandemia, em virtude da impossibilidade de levar adiante os processos de consulta prévia, livre e informada (devido à recomendação da OMS de adotar medidas de distanciamento social) dispostos na Convenção 169 da OIT e outros instrumentos internacionais e nacionais relevantes na matéria”¹⁰.

Já no plano interno, a Constituição de 1988 consagra o direito dos povos indígenas à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231), além de proteger seus direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput) e à saúde (arts. 6º e 196).

Anteriormente à atual pandemia de Covid-19, foram expedidas duas normativas nacionais importantes a respeito da contenção de epidemias nas comunidades indígenas e seu sistema de saúde. A Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai disciplinou em termos gerais a instalação de uma “*Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato*”. A seu turno, a Lei nº 8.080/1990 dispôs sobre a atenção à saúde dos indígenas, assegurando a todos eles serviços especializados que levem em conta a sua realidade local e a sua cultura. Confira-se:

Lei nº 8.080/1990:

“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 no 8.142, de 28 de 29 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-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”.

Tais normativas, porém, não tem se mostrado eficazes ou plenamente adequadas ao correto enfrentamento da atual pandemia de Covid-19. Conforme já destacado, é necessário que o governo adote medidas específicas ao atual quadro, a fim de evitar uma verdadeira – e já em curso – crise humanitária e cultural em nosso país.

1. A vulnerabilidade social e política do indígena no Brasil

Antes de adentrar à análise específica das medidas cautelares na presente ADPF, cumpre tecer breves considerações a respeito da posição ocupada pelos indígenas na sociedade brasileira.

A percepção geral que vigora acerca dos povos indígenas remete a ideias como primitivismo, infantilidade e inferioridade. Esse tratamento

legou aos povos indígenas uma posição marcada pela vulnerabilidade, que perdura até hoje. Nas palavras de Júlio José Araújo Junior, autor da obra “Direitos territoriais indígenas”, fruto de sua dissertação de mestrado em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), “*A realidade dos índios, assim como a dos negros, carrega as marcas da marginalização, calcada pela sistemática negação de dignidade aos indivíduos que compõem esses grupos e pela ausência de participação nos processos decisórios*”¹¹.

A Constituição de 1988 buscou romper com essa visão dos povos indígenas, consagrando sua autonomia e respeito por suas culturas e tradições. A Carta rejeitou o projeto integracionista e exigiu o respeito por seus modos de vida, costumes, tradições, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam. Buscou, assim, criar um novo

capítulo na história das relações do Estado com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de terem sua organização social respeitada. Como destacado por Júlio José Araújo Júnior, “*após a Constituição de 1988, não há inferioridade ou incapacidade civil, e sim grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida, os quais devem ser respeitados como tais. Os povos indígenas possuem o direito de viverem da forma como desejarem, o que não redunde em congelamento de seus modos de vida*”¹².

Nada obstante, persiste até hoje uma permanente hierarquização, que se materializa no desejo irrefreável de exploração econômica das terras indígenas e seus recursos¹³. Os índios continuam sendo um grupo extremamente vulnerável, tanto no campo social quanto no político-representativo – em toda a história do país, houve apenas um parlamentar indígena. Nesse contexto, como bem ressaltado por John Hart Ely, emerge a possibilidade de o Judiciário atuar como uma instituição de “reforço de representação”, buscando garantir os direitos dos cidadãos que foram excluídos pelos processos eleitorais majoritários¹⁴.

Destarte, na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, reconheço que, nos cenários de bloqueios políticos e omissões por parte das instituições originalmente responsáveis (e.g., Poderes Legislativo e Executivo), o Judiciário pode e deve agir para intervir – de forma dialógica – na elaboração de políticas públicas para a proteção de grupos minoritários. Confira-se, por oportuno, trecho do acórdão prolatado na ADPF 347, alusiva às omissões estatais no sistema carcerário brasileiro,

“(…) apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos”¹⁵.

Em síntese, nos casos em que a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada, medidas judiciais estruturais – como as propostas nestes autos pelo Relator, Ministro Roberto Barroso – servem para assegurar uma solução mais coesa e sistêmica,

representando o remédio mais direto, eficaz e apropriado para cessar violações sistemáticas a direitos .

2. Das medidas cautelares

Consoante destacado, o cenário de proteção deficiente aos povos originários reclama o referendo integral da decisão proferida pelo Ministro relator, que deferiu as medidas cautelares nos termos a seguir delineados.

4.1 Barreiras Sanitárias

Os povos indígenas em isolamento ou de contato recente têm direito a assim permanecer, especialmente no atual quadro de pandemia. Como destacado pelo Ministro relator, “*o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito*”. É necessária, nesse contexto, a instalação de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às terras das comunidades. O modo de instalação dessas barreiras, contudo, deve ser coordenado pela União em conjunto com autoridades indígenas que compõem a “Sala de Situação”.

4.2 Salas de Situação

A criação de uma “Sala de Situação” para a gestão da pandemia no que respeita a povos indígenas encontra-se prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde. A Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai, assim dispõe:

“Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do

estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o

compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”.

Na linha do afirmado pelo Ministro relator, essa sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório.

4.3 Expulsão dos invasores das terras indígenas

A expulsão de invasores das terras indígenas, que praticam ilegalmente o desmatamento, a extração de madeira e o garimpo ilegal, é medida que deve ser tomada pela União de forma urgente. Por tal razão, deve ser imediatamente incluída no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, no qual a União deve envidar todos os esforços para remediar a situação, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas.

4. 4. Extensão dos serviços do subsistema de saúde indígena do SUS a todos os indígenas no Brasil. Os requerentes alegam que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e a FUNAI limitaram o atendimento do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas

aldeados, residentes em terras indígenas homologadas, recusando atendimento: (i) aos indígenas urbanos (não aldeados), que são remetidos ao SUS normal, desconhecedor das suas necessidades específicas e peculiaridades culturais; bem como (ii) aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público

Com efeito, o Subsistema Indígena de Saúde existente dentro do SUS não pode excluir os povos aldeados situados em terras não homologadas. Isso porque, consoante ressaltado pelo Ministro relator, “*A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra*”.

É que, segundo a Constituição de 1988, as terras indígenas são aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, baseando-se em seus usos, costumes e tradições¹⁶. Na doutrina, José Afonso da Silva resalta a necessidade de aferir essas características por meio da cultura e do modo de vida dos índios, o que afasta qualquer tipo de análise externa acerca de requisitos baseados na pré-compreensão de mundo da sociedade envolvente¹⁷. Destarte, não cabe excluir a condição de indígenas daqueles que ainda não viram suas terras serem devidamente reconhecidas pelo Estado.

Por outro lado, no que se refere aos indígenas urbanos, a AGU destaca nas informações prestadas que a extensão do Subsistema de Saúde Indígena a esse grupo excede as suas capacidades e gerará precarização do serviço, podendo comprometer o atendimento dos indígenas aldeados, que não dispõem da alternativa de recorrer ao SUS geral. Conseqüentemente, acompanho o e. Relator no sentido de deferir parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral e indeferir, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos.

4.5 Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros

Os requerentes pedem, ainda, o deferimento de medida cautelar que determine a elaboração e o monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros. Afirmam que não desconhecem o “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas”, mas que ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades. Observam, ainda, que o Plano não contou com a participação de comunidades indígenas em sua formulação.

Com efeito, a ausência de participação das comunidades nas políticas públicas que lhes afetam é sinal claro da severa insuficiência das medidas empreendidas pela União. Consoante disposto na Convenção

169 da OIT, que foi ratificada e internalizada pelo Brasil, as decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação.

Inclusive, no plano do direito comparado, a Corte constitucional da Colômbia tem desenvolvido uma farta jurisprudência no sentido da necessidade de consulta aos indígenas na formulação de políticas pública que lhes afetam. A Corte já decidiu, por exemplo, que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural¹⁸.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra¹⁹. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu

direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes.

Nesse prisma, diante da necessidade de efetiva participação dos povos indígenas nos planos de combate à pandemia, acompanho o voto do Ministro relator e também defiro parcialmente a cautelar, para determinar à União que formule, “*no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores ad hoc. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados*”.

5. Conclusão

Consectariamente, satisfeitos os requisitos do *fumus boni juris*, também reputo presente o *periculum in mora*, uma vez que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de proteção da população indígena brasileira.

Ex positis, voto no sentido de acompanhar integralmente o Ministro Relator Roberto Barroso e conceder parcialmente as medidas cautelares requeridas, nos termos do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se está no julgamento definitivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. E, mesmo assim, já se vão consumidas duas tardes, duas sessões.

O que veio a ser submetido ao Plenário? Tutela de urgência, precária e efêmera, provisória, implementada cuidadosamente pelo Relator, ministro Luís Roberto Barroso.

Não tenho uma vírgula a colocar ou a retirar do pronunciamento. Por isso referendo-o, Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ao votar, eu gostaria de fazer um registro histórico.

Quem estudou o Tratado de Tordesilhas sabe que o território do Brasil seria menos de 1/3 do que é. Ele foi assinado antes da união entre Portugal e Espanha, ocorrida em 1580. Em 1640, houve a separação. No Tratado de Madrid (1750), começa-se a se fazer a divisão formal dos Estados. Em 1776, vem o Tratado de Santo Ildefonso.

Se o Brasil tem essa dimensão territorial que tem, é também graças aos indígenas. Nós não teríamos 2/3 do território que nós temos se não fossem os indígenas, que se declararam aos árbitros da divisão, quando havia a disputa do **jus possessionis** e do **jus possidendi**, nós somos súditos da Coroa portuguesa.

Por isso, acompanho, louvo e parabenizo o voto brilhante e histórico, que vai ficar para História do Brasil, do Ministro Luís **Roberto Barroso**.

Acompanho Sua Excelência, ratifico e referendo sua decisão liminar.

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.750 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AUTOR(A/S)(ES) : COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA

ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

RÉU(É)(S) : ALAN JOSE FERNANDES

ADV.(A/S) : JOSE IDEMAR RIBEIRO

LIT.ATIV. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Data da decisão : 31/08/2020

EMENTA

TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ACORDÃO PROFERIDO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PLEITO DA COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA JUSTIFICADO NA AUSÊNCIA DE SUA CITAÇÃO NO PROCESSO ANULATÓRIO. DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DA COMUNIDADE INDÍGENA. LIMINAR REFERENDADA. ART. 21, V, DO RISTF.

Tutela de urgência visando a suspensão dos efeitos de acordão proferido em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena.

Alegação de legitimidade da comunidade indígena para ingressar em Juízo, fundada no art. 232 da Constituição Federal, art. 37 da Lei nº 6.001/73, art. 2º, 1 2, “a”, da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e art. 2º, § 3º, do Decreto nº 1.775/96, e da necessidade de integrar o processo que buscou a anulação da demarcação de sua terra. Presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência.

Medida liminar referendada.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de pedido de tutela de urgência em Ação Rescisória pelo qual a autora requer a *suspensão dos efeitos do acórdão* proferido nos autos do ARE 1.038.545, transitado em julgado em 28.10.2017, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Com fundamento no art. 21, V, do RISTF, deferi a tutela de urgência para *“suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545”*, nos seguintes termos:

“Vistos etc.

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada em 12.6.2019 pela COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DA TERRA

INDÍGENA DE TOLDO BOA VISTA, com fulcro no art. 966, V, do CPC/2015, visando à desconstituição de decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, negatória de seguimento ao ARE 1038545, transitada em julgado em 28.10.2017. Eis o teor da decisão rescindenda:

“Vistos. Tratam-se de agravos contra decisões que inadmitiram recursos extraordinários interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF e pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF.

A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é

assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'.

Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.

Remessa oficial e apelações desprovidas.” (e- STJ fl. 1.272 – volume eletrônico nº 5).

Opostos embargos de declaração pela FUNAI (e-STJ fls. 1.280-1.306), os quais foram parcialmente providos para fins de prequestionamento (eSTJ fl. 1.332 do volume eletrônico nº 5).

No recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, sustenta-se violação do artigo 231, §§ 1º, 2º, 4º e 6º, da Constituição Federal (e-STJ fls. 1.342-1.353 – vol. eletrônico nº 5).

Já no apelo extraordinário interposto pela FUNAI, alega-se contrariedade aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; 20, inciso XI; e 231 da Constituição (e-STJ fls. 1.386- 1.4616 – vol. eletrônico nº 5).

Contrarrazoados, os apelos extraordinários foram inadmitidos (e-STJ fls. 1.501-1.507 e fls. 1.510-1.516 – vol. eletrônico nº 5).

Decido.

Não merecem prosperar os recursos.

No caso em tela, o Tribunal a quo confirmou a sentença de primeiro grau por outros fundamentos, sob o entendimento de que processo demarcatório em questão seria nulo, não apenas em razão da nulidade procedimental, relativa à ausência de levantamento fundiário, mas também em razão de equívoco na identificação da área como “terra tradicionalmente ocupada por índios”, conforme previsto no art. 231 da Constituição Federal, com os balizamentos conferidos pelo

Supremo Tribunal Federal. Extraí-se do voto condutor do acórdão recorrido:

“(…) Quanto ao mérito, julgo que a sentença de procedência da demanda deve ser confirmada, mas por fundamentos diversos daqueles por ela adotados.

Com efeito, julgo que a mácula no processo demarcatório que atingiu a propriedade da parte autora não se limita a nulidades procedimentais (falta do levantamento fundiário). Em verdade, há equívoco na própria identificação da área como ‘terra tradicionalmente ocupada por índios’, conforme previsto no art. 231 da CF/88, na ótica conferida à questão pelo Supremo Tribunal Federal (…).” (e-STJ fl. 1.263 – volume eletrônico nº 5). grifei

Verifica-se, assim, que há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção, não impugnado mediante recurso especial pelo Ministério Público Federal. Desse modo, incide, no apelo extraordinário interposto pelo Parquet federal, o óbice da Súmula nº 283 desta Corte, que assim dispõe, in verbis:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Observa-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto pela FUNAI, assim decidiu quanto ao ponto:

“(…) O pedido em tela foi julgado improcedente pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que, além de não restar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, também não estariam presentes os elementos aptos a configurar ‘esbulho renitente’, que exige conflito possessório efetivo.

(…) O primeiro fundamento adotado pelo Tribunal a quo merece ser mantido. A esse respeito, esta Corte de Justiça, nos autos do RESP 1551033/PR, examinando controvérsia idêntica à ora posta proferiu entendimento no sentido de que a fase de levantamento fundiário é etapa obrigatória nos procedimentos de demarcação de terra indígena.

(…) Dessarte, resta evidenciado que houve o descumprimento do devido processo legal administrativo, ensejador de vício de nulidade. Assim, estando a decisão a quo em sintonia com a jurisprudência desta Corte a respeito do tema, incide, à espécie, o enunciado da Súmula 568/STJ.

(...) Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial.” (REsp nº 1.569.134/PR, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 17/10/16 – e-STJ fls. 1.593-1.596 do vol. eletrônico nº 6 – grifei).

Dessa decisão, a FUNAI interpôs agravo interno, ao qual a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6).

Com o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.569.134/PR (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6), permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido. Essa situação inviabiliza o recurso extraordinário da FUNAI, também com base na supracitada Súmula nº 283/STF.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO AO CARGO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 642.414-AgR/RO, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 9/4/2012).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECLUSÃO DE FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEST/SENAT. EMPRESA DO SETOR DE TRANSPORTE. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Incidência da Súmula 283/STF, ante o trânsito em julgado da matéria infraconstitucional de que se valeu a instância judicante de origem para a solução da causa. Matéria que é suficiente para a manutenção da decisão recorrida. 2. O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela constitucionalidade da contribuição destinada ao SEST/SENAT. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 481.772- AgR/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 10/3/12).

Ante o exposto, nos termos do artigo 21, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conheço dos agravos para negar seguimento aos recursos extraordinários do MPF e da FUNAI.” (ARE 1038545, Rel. Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 1º.9.2017, destaques do original – juntada pela autora no evento 11)

Apontam-se violados a Convenção 169 da OIT, os arts. 1º, III, 5º, XXXV, e LIV, 231 e 232 da Constituição Federal, bem como os arts. 114 e 115, I, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Informa-se, na origem, tratar-se de ação ajuizada no ano de 2012 perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, por ALAN JOSE FERNANDES, sob nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, pela qual pleiteada a nulidade – na parte da área que alegadamente lhe pertence – do processo de demarcação da *terra indígena Toldo Boa Vista, do povo Kaingang*, que resultou na Portaria Declaratória nº 1.794/2007 do Ministério da Justiça. Alega, a comunidade ora autora, jámais ter sido citada na mencionada ação, a implicar sua nulidade, ante o litisconsórcio necessário não devidamente formado, fundamento invocado para pleitear a procedência desta ação rescisória.

Extraí-se, dos documentos juntados com a inicial da presente ação rescisória, que a mencionada ação anulatória foi proposta exclusivamente em face da União e da Fundação Nacional do Índio (evento 3, p. 4). Pela FUNAI, foi pleiteada, em contestação, a denúncia da lide ao Estado do Paraná, o que restou indeferido (evento 6, p. 145). A sentença julgou-a procedente (evento 6, p. 144-53) ao seguinte fundamento: “*não restou comprovada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, §1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte, da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, o que vicia de forma irremediável a Portaria nº 1.794/2007.*” (evento 6, p. 151).

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região negou provimento às apelações interpostas, em acórdão sob a seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF.

A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de

desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'.

Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.

Remessa oficial e apelações desprovidas.” (evento 8, p. 36)

Do acórdão regional, foram interpostos recurso especial pela FUNAI (admitido – evento 8, p. 263) e recursos extraordinários pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal (não admitidos – evento 8, p. 265-72 e p. 274-80, respectivamente).

Interpostos agravos de recurso extraordinário pela FUNAI e pelo MPF (evento 9, p. 1-8 e 11-22, respectivamente), foram eles conhecidos pela decisão ora rescindenda que, todavia,

negou seguimento aos respectivos recursos extraordinários.

Ao recurso especial interposto pela FUNAI, foi negado provimento por acórdão do Superior Tribunal de Justiça sob a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE OCUPAÇÃO INDÍGENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. DECRETO 1.775/96. ATIVIDADE VINCULADA. NECESSIDADE DE PROMOVER O LEVANTAMENTO DA ÁREA A SER DEMARCADA. A DESOCUPAÇÃO DOS POSSUIDORES NÃO INDÍGENAS PRESSUPÕE DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Inexiste omissão no acórdão de origem, porquanto houve declaração expressa que o levantamento fundiário é elemento essencial à demarcação da área indígena.

O procedimento de demarcação das terras indígenas, regulado pelo Decreto 1.775/96, estabelece sete etapas à sua conclusão, sendo expresso em seu art. 2º a necessidade de ser elaborado um estudo técnico antropológico e levantamento da área demarcada. Nesse sentido, é dever da Administração agir em estrita legalidade, não havendo nessa atividade espaço para locuções de conveniência e oportunidade.

O descumprimento do devido processo legal administrativo enseja vício de nulidade, uma vez que os procedimentos atinentes à demarcação das terras indígenas não foram regularmente observados pela FUNAI, revelando, assim, ausência de direito irrefutável à demarcação da área.

Outrora, a medida que se busca com a manutenção do acórdão de origem é garantir a estrita legalidade à consecução de um direito de ocupação inviolável e inalienável dado aos índios, que, por sua vez, não abrange a determinação de desocupação de sujeitos privados de uma área em análise sem a observância dos requisitos legais.

Recurso especial improvido.” (evento 9, p. 52)

Invoca-se a competência desta Corte Suprema para julgar a rescisória ante a incidência do disposto na Súmula 249/STF, ao fundamento de que a decisão rescindenda apreciou a questão federal controvertida, especialmente pelo teor dos seguintes trechos que dela extrai: “permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido”; “verifica-se, assim, que há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção” e “observa-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto pela FUNAI, assim decidiu quanto ao ponto: ‘(...) O pedido em tela foi julgado improcedente pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que, além de não restar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, também não estariam presentes os elementos aptos a configurar ‘esbulho renitente’, que exige conflito possessório efetivo’”.

Pede, em sede liminar, “a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado”.

Em despacho datado de 13.06.2019 (evento 26), determinei a prévia citação e intimação do réu para manifestação em 5 dias sobre o pedido de liminar, bem como a intimação da União para, caso queira, integrar a relação processual.

O réu se manifestou (eventos 34 e 37) pelo indeferimento do pedido de urgência, pela incompetência desta Suprema Corte para julgar esta ação rescisória, pela ausência de legitimidade e interesse jurídico da autora, pela inépcia da inicial ante a ausência de pleito de citação da União, da FUNAI e do advogado do requerido (porque titular dos honorários advocatícios arbitrados no processo principal) e, no mérito, pela improcedência da ação.

A União requereu o ingresso no feito na qualidade de

litisconsorte ativo e se manifestou favoravelmente à concessão da liminar (evento 45).

A Procuradora-Geral da República manifestou-se favoravelmente à concessão da liminar (evento 47).

É o relato do necessário. Passo a decidir.

Aprecio, neste momento, apenas o pedido de liminar.

Para tal fim, registro inicialmente que, *in casu*, busca a autora a rescisão de decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli no ARE 1038545, que

conheceu “*dos agravos para negar seguimento a recursos extraordinários do MPF e da FUNAI*” (evento 11).

De sua leitura, constato que, quanto ao recurso extraordinário do MPF, referida decisão fundou-se no seguinte argumento: “*há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção, não impugnado mediante recurso especial pelo Ministério Público Federal. Desse modo, incide, no apelo extraordinário interposto pelo Parquet federal, o óbice da Súmula nº 283 desta Corte, que assim dispõe, in verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.*”

Lado outro, quanto ao recurso extraordinário da FUNAI, a decisão rescindenda fundou-se no seguinte argumento: “*Com o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.569.134/PR (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6), permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido. Essa situação inviabiliza o recurso extraordinário da FUNAI, também com base na supracitada Súmula nº 283/STF.*”

Da análise da decisão rescindenda – nesta sede perfunctória, própria das liminares –, no que pertine à afirmação, nela constante, quanto à *suficiência* “*do fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão recorrido*”, entendo possível a fixação da competência desta Corte Suprema para processamento da ação rescisória com fundamento no art. 102, I, *j*, da Constituição da República, o que faço com esteio na Súmula 249 desta Corte:

“**É COMPETENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AÇÃO RESCISÓRIA, QUANDO, EMBORA NÃO TENDO CONHECIDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, OU HAVENDO NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO, TIVER APRECIADO A QUESTÃO FEDERAL CONTROVERTIDA.**”

Prossigo e, presentes os requisitos legais, defiro o pedido de benefício da gratuidade da justiça (art. 98 do CPC e art. 21, XIX, do RISTF).

Quanto à tempestividade, transitada em julgado a decisão rescindenda em 28.10.2017 e ajuizada a ação rescisória em 12.6.2019, tem-se como observado o biênio do artigo 975 do CPC.

Na presente hipótese, aponta-se, com lastro no art. 966, V, do CPC/2015, vício processual consistente em ausência de litisconsórcio passivo necessário em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena, porque não integrado, naquela ação, pela comunidade indígena ora autora.

Conquanto entenda raríssimas as hipóteses para concessão de medida liminar em ação rescisória – tal a força da coisa julgada e a precariedade da análise, em sede de liminar, das questões jurídicas invocadas –, no presente caso entendo presentes o *fumus boni iuris* para justificar seu deferimento.

De fato, das provas juntadas com a inicial, possível extrair, nesta análise prefacial, a ausência da ora autora como parte no litígio original.

A legitimidade das comunidades indígenas para ingressar em juízo é reconhecida pelo art. 232 da Constituição Federal (destaquei):

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

No mesmo sentido o art. 37 da Lei nº 6.001/73 (destaquei):

“Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.”

A Convenção nº 169 da OIT *sobre Povos Indígenas e Tribais*, promulgada no país pelo Decreto nº 5.051/2004, prevê (destaquei):

“Artigo 2º

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.

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;”

O Decreto nº 1.775/96, que *dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas*, assim prevê em seu art. 2º, § 3º (destaquei):

“Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

[...]

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.”

No presente caso, em debate a ausência de integração, à lide anulatória de demarcação de terra, de comunidade indígena diretamente afetada pela demarcação.

A ausência da citação, caso julgada essencial, pode, em tese, de fato, levar à nulidade da mencionada ação anulatória. Assim dispõe o art. 115, I, do CPC (destaquei):

“Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;”

Não é novo, nesta Corte Suprema, o debate sobre a necessidade ou a possibilidade de comunidade indígena integrar lide a tratar de questão de seu interesse. Eis algumas decisões:

“O caso em tela revela como escopo final o impedimento da ampliação da terra indígena Ibirama La- Klânô por meio de nova demarcação que, segundo afirmam os autores, incidirá sobre terras de sua propriedade. De outro lado, qualquer decisão a ser proferida no presente feito tem o potencial de atingir a esfera de direitos dos índios da etnia Xokleng, uma vez que estes possuem uma demarcação administrativa de terras reconhecida pela FUNAI e pela UNIÃO, em face da Portaria 1128/2003 - MJ.

Em ações da natureza da presente, tenho concluído que, da redação do artigo 232 da Constituição Federal, deduz-se que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Isso em decorrência de todo o arcabouço constitucional, que retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.

A partir das duas premissas expostas, concluo pela necessidade de inclusão da Comunidade Indígena Xokleng, na qualidade de parte interessada no processo, devendo ser retificada a autuação do feito.” (ACO 1100, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 1º.3.2016, destaquei)

“Ante a situação jurídica da requerente, passível de ser alcançada por decisão acolhendo o pedido inicial neste mandado de segurança, forçoso é concluir pelo interesse em participar da relação processual como parte passiva. Ao proferir voto na petição nº 3.388, assim assentei:

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 4.717/1965, a ação popular será proposta também contra os beneficiários diretos do ato lesivo. Trata-se, da mesma maneira, de litisconsórcio passivo necessário:

[...]

É inegável serem as comunidades indígenas, de início, beneficiárias do ato de demarcação. Tanto são que, consoante o § 3º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/1996, mostra-se necessária a participação do grupo indígena envolvido, segundo as formas próprias, em todas as fases do processo de demarcação:

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

No curso do processo, as comunidades requereram o ingresso na qualidade de litisconsortes. O Plenário, porém, admitiu a intervenção apenas na condição de assistentes. Confirmam trecho do voto do ministro Menezes Direito:

[...]

Pois bem, imaginem se a presente ação for julgada procedente, anulando-se o processo demarcatório, não haverá clara nulidade, considerada a ausência da participação dos beneficiários, como litisconsortes? Não é porque o julgamento caminha no sentido da improcedência do pedido que será afastada a observância irrestrita das regras de direito processual, as quais visam, em última análise, a proteger as partes, dando credibilidade ao pronunciamento jurisdicional.

Ante o quadro, faz-se necessária a citação de entidades representativas das cinco etnias existentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo.” (MS 28541, Rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 31.10.2018, destaquei)

Impõe-se, no presente caso, a citação da União Federal e da Comunidade Indígena Piaçaguera, na condição de litisconsortes passivos necessários. Trata-se, no caso, de intervenção “jussu judicis” (CPC/15, art. 115, parágrafo único).

A efetivação do ato citatório em referência constitui providência essencial ao regular prosseguimento da presente ação mandamental, pois a eventual concessão do mandado de segurança terá o condão de afetar a esfera jurídica de referidos sujeitos processuais, considerado o que prescrevem, quanto à União Federal, o art. 20, inciso XI, e, no que concerne à Comunidade Indígena Piaçaguera, o art. 231, § 2º, da Constituição da República.

É tão importante (e inafastável) a efetivação do ato processual em referência, com o conseqüente ingresso formal desses litisconsortes passivos necessários na presente causa mandamental – o que viabilizará, por imperativo constitucional, a instauração do contraditório –, que a ausência de referida medida (“in jus vocatio”), não obstante o rito especial peculiar ao mandado de segurança, poderá importar em nulidade processual, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais em geral, inclusive a desta Corte (RTJ 57/278 – RTJ 59/596 – RTJ 64/777 – RT 391/192, v.g.):

“No caso de litisconsórcio necessário, torna-se imprescindível a citação do litisconsorte, sob pena de nulidade do processo.” (Revista dos Tribunais, vol. 477/220 – grifei)

Desse modo, e pelas razões expostas, determino sejam citados, na condição de litisconsortes passivos necessários, a União Federal e a Comunidade Indígena Piaçaguera.” (MS 34250, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 09.2.2017, destaquei)

Recentemente a Ministra Cármen Lúcia deferiu medida cautelar na AR nº 2756 em que litigante a mesma comunidade indígena ora autora, em decisão sob a seguinte ementa e trecho que ora reproduzo:

“AÇÃO RESCISÓRIA COM REQUERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA. INCS. V E VIII E INC. II DO § 2º DO ART. 966 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO. PLAUSIBILIDADE. IMINENTE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DISCUTIDA: URGÊNCIA CONFIGURADA. EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADOS. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

[...]

Sobre a observância ao que disposto no Decreto Legislativo n. 143/2002 e no Decreto Presidencial n. 5.051, de 19.4.2004, pelos quais internalizada a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, no que prevê o direito de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, explicitou este Supremo Tribunal no julgamento dos embargos de declaração opostos do paradigmático ‘Caso Raposa Serra do Sol’ (Petição n. 3.388):

“67. A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A defesa nacional é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. O tema também foi abordado pelo Ministro Menezes Direito, com referência expressa à Convenção (fl. 408):

‘Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos

órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional’.

Na mesma linha, confira-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 731):

‘A circunstância de a faixa de fronteira constituir área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional justifica, plenamente, todas as medidas preconizadas no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO proferiu nesta causa, notadamente aquelas concernentes à desnecessidade de prévia autorização da FUNAI ou de consulta prévia às comunidades tribais interessadas, para efeito de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades militares e de atuação, nessas mesmas áreas, de qualquer das Forças Singulares’.

Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade’ (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (trecho do voto do Relator, o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 3.2.2014).

11. Pelo exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado proferida na Ação Anulatória n. 5001335-13.2012.4.04.7012, objeto do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.181.112, reiterando não se ter com essa decisão antecipação sobre o mérito da matéria submetida a exame nesta ação rescisória.” (AR 2756, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe 06.9.2019)

Exposta a existência de arcabouço jurídico a resguardar a legitimidade de comunidades jurídicas para estar em juízo na defesa de seus interesses, inclusive em processos administrativos de demarcação de suas terras, mostra-se robusto o argumento quanto à necessidade de sua citação em processos judiciais em que buscada a anulação da demarcação.

Presente, pois, para fins de apreciação liminar de pleito de urgência, o *fumus boni iuris* necessário a seu deferimento.

No que pertine ao *periculum in mora*, cuida-se de tema a envolver um coletivo de famílias, daí porque importante a ponderação feita pela Procuradora-Geral da República quanto ao “*risco de intensificação do conflito nas áreas sujeitas a remoção dos indígenas, caso venha a ser determinada a desocupação forçada da área*” (evento 47, p. 6).

Nesse sentido acórdão do Tribunal Pleno desta Corte Suprema, ao manter, em sede de agravo regimental, decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, em que ponderado: “*Caso como o presente, no qual comprovada possibilidade de confronto com risco para a integridade das pessoas e de vidas humanas que podem entrar em conflito, conduzem à prudente decisão de não se conduzir a alteração na situação fática, permitindo que se execute decisão que pode até mesmo revelar-se desnecessária, se o processo demarcatório, iniciado há mais de vinte anos, vier a ser concluído na forma determinado*” (SL 1096 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 25.9.2018).

Da já mencionada recente decisão proferida em sede monocrática pela Ministra Cármen Lúcia na AR 2756, extraio ponderação de teor semelhante:

“O clima de violência resultante do iminente cumprimento da decisão rescindenda em desfavor dos indígenas, com graves consequências para todos, patenteia a configuração de situação justificadora da medida excepcional da antecipação dos efeitos da tutela pleiteada na presente ação rescisória, considerada a plausibilidade da alegação de manifesta afronta a norma jurídica, pela ausência de participação da comunidade indígena no processo anulatório, resultando em aparente contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.”

Ante o exposto, presentes os requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, com fundamento no art. 5º, IV, c/c art. 21, V, do RISTF, defiro, *ad referendum* do Plenário desta Corte, a tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça

Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545.

Consigno que a presente decisão, tratando-se de provimento cautelar, é provisória, pode ser revogada a qualquer tempo e não representa antecipação da decisão de mérito.

Defiro o ingresso da União como litisconsorte ativa (evento 45) nos termos do art. 124 do CPC, bem como o chamamento da FUNAI para integrar a lide. Determino:

Inclua-se a União como litisconsorte ativa na autuação. Intime-se a FUNAI para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar seu interesse no feito.

Oficie-se à Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, com cópia desta decisão para ciência.

Publique-se. Intimem-se.”

Em atendimento ao disposto no art. 21, V, do RISTF, submeto a decisão em causa ao referendo do Plenário.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Discute-se, no processo o reflexo da ausência de integração à lide anulatória de demarcação de terra, de comunidade indígena diretamente afetada pela demarcação.

Tratando-se de tutela de urgência em ação rescisória, consignei na decisão apresentada a referendo entender raríssimas as hipóteses para concessão de medida liminar nestes casos – tal a força da coisa julgada e a precariedade da análise, em sede de liminar, das questões jurídicas invocadas.

Todavia entendi presentes, na hipótese, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*

necessários para o deferimento da medida.

Consigno que, na esteira deste entendimento, foram concedidas tutelas de urgência pelos Ministros Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso. Eis as ementas de suas decisões:

“AÇÃO RESCISÓRIA COM REQUERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA. INCS. V E VIII E INC. II DO § 2º DO ART. 966 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO. PLAUSIBILIDADE. IMINENTE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DISCUTIDA: URGÊNCIA CONFIGURADA. EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADOS. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.” (AR 2756 MC, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 06.9.2019)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO RESCISÓRIA. ANULAÇÃO DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. COMUNIDADE INDÍGENA QUE NÃO INTEGROU A LIDE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Ação rescisória ajuizada pela Comunidade Indígena do Povo Kaingang contra acórdão que chancelou a anulação da demarcação das terras que ocupam.

O *fumus boni iuris* foi demonstrado, tendo em vista que a autora não teve a oportunidade de participar da demanda de origem e há diversos precedentes no sentido de que as comunidades indígenas devem atuar como litisconsortes em causas que digam respeito à demarcação de suas terras tradicionais (ACO nº 2.323, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 18.02.2019; MS nº 34.250 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 07.02.2017; MS nº 28.541, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 05/11/2018; AR nº 2.456- MC, Rel. Cármen Lúcia, DJe 06.09.2019; AR nº 2.750-MC, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 07.10.2019).

O *periculum in mora* também foi demonstrado, tendo em vista que a comunidade indígena corre o risco de desocupação forçada das terras.

Medida cautelar deferida para suspender o processo de cumprimento de sentença.” (AR 2761 MC, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, DJe 06.11.2019)

In casu, a liminar foi deferida porque reconhecidos o *periculum in mora*, notório pelas consequências da imposição da restrição ao crédito, e o *fumus boni iuris*, na esteira de diversos julgados deste Supremo Tribunal.

Nessa mesma linha, foram referendadas medidas cautelares ou tutelas de urgência na AC 2939 MC-Ref (Relator Ministro Celso de Mello, DJe 30.10.2014), na AC 1896 MC (DJe 1º.8.2008) e na ACO 2733 MC-Ref (DJe 22.9.2016), ambas como Relatora Ministra Cármen Lúcia, bem como na ACO 2710 TA-Ref (DJe 16.5.2016), ACO 2716 MC-Ref (DJe 13.5.2016), ACO 2797 MC-Ref (DJe 13.5.2016), ACO 2623 TA-Ref (DJe 29.10.2015), ACO 2453 MC-Ref (DJe 25.3.2015), ACO 2680 TA-Ref (DJe 10.8.2015) e ACO 2159 MC-Ref (DJe 02.6.2014), todas sob relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Ante o exposto, devidamente observados, na espécie, os requisitos legais para a concessão do pleito, referendo a medida liminar destacando que o endosso a provimento de natureza acautelatória em absoluto traduz a adoção de posicionamento a respeito da questão de fundo, enfrentada em oportunidade diversa.

É como voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Observem a envergadura do ato perfeito e acabado por excelência – a coisa julgada. Situa-se no rol das garantias constitucionais. A mitigação pode ser obtida pela via da ação rescisória, prevista na Constituição Federal. O sinal de bom direito presente na ação de impugnação autônoma está a contrapor-se ao decidido em processo de conhecimento, pelo Supremo, não mais sujeito a recurso.

Divirjo da Relatora para indeferir a liminar.

É como voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Cuida-se de pedido de urgência em

ação rescisória com a finalidade de rescindir a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli no ARE 1.038.545, que, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, não conheceu do agravo para negar seguimento a recursos extraordinários interpostos pelo MPF e pela Funai, tendo em vista a aplicação da súmula 283/STF e pela suficiência do fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão recorrido.

Trata-se, na origem, de ação ajuizada com vistas à declaração de nulidade do processo de demarcação da terra indígena Toldo Boa Vista, do povo Kaingang, que resultou na Portaria Declaratória nº 1.794/2007 do Ministério da Justiça.

Apointa-se, com lastro no art. 966, V, do CPC/2015, que houve vício processual em razão da ausência de litisconsórcio passivo necessário em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena, uma vez que a comunidade indígena diretamente afetada, ora autora, não integrara a lide.

Em 1º de outubro de 2019, a relatora da presente ação deferiu tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545.

A Min. Rosa Weber encaminha seu voto pelo referendo dessa medida liminar.

Peço vênias para divergir.

De pronto, registro que não compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento de ações rescisórias visando a desconstituir decisões proferidas por outros órgãos judiciais, não estando presente a hipótese prevista na alínea “j” do inciso I do art. 102 da CF, conforme passo a expor.

Inicialmente, em se tratando de incompetência absoluta, é possível ao órgão jurisdicional apreciar tal questão independentemente de pronunciamento das partes (*ex officio*), com fundamento no §1º art. 64 do CPC, a saber:

“Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§1º. A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício”.

Não obstante a parte autora tenha apontado, em sua petição inicial, esta Corte como o órgão responsável para a apreciação da ação principal, o art. 102, inciso I, da Constituição, que traz o rol das competências originárias do Supremo Tribunal Federal, somente prevê o julgamento de ações rescisórias de seus próprios julgados. Vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”. (grifo nosso)

Em outras palavras, o texto constitucional não menciona a rescisão de julgados de outros tribunais como hipótese de competência originária desta Corte, a qual é de direito estrito e não admite interpretação extensiva.

In casu, toda a argumentação da autora se volta contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF. 2. A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'. 3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme

entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo. 4. Remessa oficial e apelações desprovidas.”

Dessa decisão, em que interposição de recurso extraordinário, não houve análise acerca do mérito da controvérsia. Ou seja: a decisão proferida por esta Corte não analisou as questões discutidas nesta ação.

Nessa esteira, é importante ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que para o conhecimento de ação rescisória pelo Supremo Tribunal é imprescindível que a decisão que se pretende rescindir tenha versado sobre o mérito da divergência (ainda que não conhecido o RE ou desprovido o agravo correlato), o que não é o caso dos autos.

Desse modo, entendo que é caso de incompetência desta Corte para apreciar o feito, tendo em vista o disposto nos enunciados das Súmulas 249 e 515 do STF, respectivamente, *in verbis*:

Súmula 249: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

Súmula 515: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”. (grifo nosso)

Vê-se, pois, que a conjugação das citadas súmulas conduz ao seguinte entendimento: reconhece-se a competência do STF caso a decisão rescindenda não tenha conhecido do apelo extremo ou negado provimento ao agravo, mas tenha enfrentado a questão federal controvertida; ao revés, a incompetência sobressai-se na hipótese de a questão apreciada no recurso extraordinário ser diversa da suscitada na demanda rescisória. Esta última situação é o caso dos autos.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA POR TRIBUNAL DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO RESCISÓRIA. Nos termos do art. 102, I, j, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação rescisória de seus julgados, não detendo, pois, competência para julgar o pedido de desconstituição de decisão emanada de Tribunal do Trabalho. Agravo regimental conhecido e não provido”. (AR-AgR 2.336, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 16.2.2016, grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DO STF. JUÍZO RESCISÓRIO DOS PRÓPRIOS JULGADOS. ART. 102, I, J, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para o exame de juízo rescisório deve ser interpretada nos estreitos limites do art. 102, I, j, da Constituição Federal, logo se restringe aos casos em que o remédio processual é ajuizado contra os seus próprios julgados. Súmula 515 do STF. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AR-AgR 2.171, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 4.12.2015, grifo nosso)

“AÇÃO RESCISÓRIA DECISÃO RESCINDENDA QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA EXAME DE QUESTÕES EMINENTEMENTE FORMAIS MATÉRIA DE FUNDO QUE SEQUER CONSTITUIU OBJETO DE APRECIÇÃO PELO JULGADO RESCINDENDO AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal apenas dispõe de competência originária para processar e julgar as ações rescisórias, quando estas forem promovidas contra decisões que, emanadas desta Corte, hajam efetivamente examinado a questão constitucional controvertida, situação inócurrenente na espécie”. (AR-AgR 2.073, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 14.8.2014)

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO, POR MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DESOBRIGOU OS AGRAVADOS DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS - ITBI - PELO SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. LEI MUNICIPAL PAULISTA N. 11.154/91. 1. Alegada existência de anterior decisão favorável ao agravante e que lhe fora favorável, com trânsito em julgado e objeto de novo mandado de segurança com resultado divergente. Matéria

que o Agravante deixou de alegar no momento processual adequado, conforme destacou a decisão rescindenda. Preclusão. 2. A ação rescisória não se presta a nova análise das questões julgadas no acórdão rescindendo. Precedentes. 3. A competência rescisória deste Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação rescisória restringe-se aos casos em que ela é ajuizada contra os seus próprios julgados. A pretensão rescindenda deveria ter sido interposta contra o julgado do Tribunal Estadual Paulista. Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (AR-AgR 1.778, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20.8.2010, grifo nosso)

Ante o exposto, voto pelo não referendo a medida cautelar por não conhecer da presente ação rescisória (art. 21, § 1º, do RISTF), por manifesta incompetência desta Corte para seu processamento, e determino a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para as providências que entender cabíveis.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.312.132 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : TGB - TERMINAL GRANELEIRO DA BABITONGA
S.A.
ADV.(A/S) : BRUNO DE ANDRADE CHRISTOFOLI
RECDO.(A/S) : FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE
ADV.(A/S) : DEBORA TIEMI SCOTTINI
RECDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
Data da Decisão : 02/03/2021

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO NO ENTORNO DE TERRA INDÍGENA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA COMUNIDADE INDÍGENA. CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT N. 169. DECRETO N. 5.051/2004. ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Relatório

Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

“DIREITO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO GRANELEIRO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INOCORRÊNCIA” (fl. 1, e-doc. 4).

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos para prequestionamento.

O Ministério Público Federal alega contrariados o *caput* e o § 1º do art. 231 e o art. 232 da Constituição da República.

Informa que no *“acórdão [se] negou provimento à apelação do Ministério Público Federal sob o fundamento de que não foi demonstrado que o empreendimento vem a ‘interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, sendo insuficiente a alegação de que a incorrência de consulta a essas comunidades, por ocasião do respectivo processo de licenciamento, implicaria na sua nulidade’”* (fl. 112, vol. 5)

Sustenta haver *“obrigação de ser dada proteção também à área de entorno da terra indígena. Da mesma forma que uma área ambientalmente protegida, é preciso que as atividades no seu entorno sejam observadas e reguladas, isso porque a proteção da terra indígena é também uma proteção ambiental, dada a indissociabilidade entre os povos indígenas e os bens ambientais nas suas terras”* (fls. 112-113, vol. 5).

Ressalta que *“a ligação do modo de vida indígena com a natureza é muito estreita. Exatamente por isso o art. 231, § 1º, da Constituição estabelece que as terras indígenas devem incluir as áreas utilizadas para as atividades produtivas (inclusive coleta, caça, pesca) e as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural. Nesse sentido, não há como considerar a terra indígena de forma isolada, dissociada de seu entorno, da mesma forma como não é possível fazer isso em relação a qualquer área protegida”* (fl. 113, vol. 5).

Aponta não ser “necessário que o empreendimento seja instalado dentro de terra indígena para que a comunidade indígena seja diretamente afetada. Basta que o empreendimento seja apto a provocar interferência sobre ‘as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados’, como prevê o artigo 4º da Convenção 169 da OIT” (fl. 113, vol. 5).

Argumenta que “no caso dos autos deve ser considerado o dano à comunidade indígena pela não participação desde o início do processo de licenciamento em face do direito à consulta prévia, livre e informada” (fl. 114, vol.5).

Salienta que “as comunidades indígenas, no caso, encontram-se totalmente excluídas do processo de tomada de decisões que as afetam diretamente. Essa exclusão acaba violando o direito à autodeterminação e à própria dignidade dos indígenas. De fato, a Convenção 169 da OIT prevê o “direito de consulta prévia como uma expressão da dimensão participativa que se relaciona com o princípio da autodeterminação dos povos e componente da sua própria dignidade” (fls. 114-115, vol. 5).

Assinala que, “como visto nos artigos 6º 7º e 12 da Convenção 169 da OIT, a participação da comunidade indígena deve ocorrer “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas e “[d]everão ser adotadas 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’. O sentido destas exigências é superar as naturais dificuldades de comunicação e de compreensão decorrentes do contraste da cultura indígena e da cultura dominante” (fl. 116, vol. 5).

Pontua que “a adequada participação da comunidade indígena, mediante consulta prévia, é decorrência direta do artigo 231, caput, da Constituição, uma vez que é esta a forma que se dá concretude ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios” (fls. 116-117, vol. 5).

Reforça que “o acórdão afastou indevidamente os instrumentos de participação e de garantia dos direitos indígenas, do que resulta a negativa de vigência ao artigo 231 da Constituição” (fl. 117, vol. 5).

Pede “o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformado o acórdão para

que a ação civil pública seja julgada procedente” (fl. 117, vol. 5).

O recurso extraordinário foi inadmitido pela incidência da Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal (fls. 220-221, vol. 5).

Em 18.8.2020, dei provimento ao recurso extraordinário com agravo (ARE n. 1.277.937) para análise do recurso extraordinário.

Ressaltei, então, que *“a matéria é constitucional, pois os direitos dos indígenas são assegurados pela Constituição da República e a hipótese de licenciamento ambiental sem a observância desses direitos torna a questão passível de análise por este Supremo Tribunal”* (DJe 4.9.2020).

No mesmo ato judicial determinei vista à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou pelo provimento do presente recurso extraordinário:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTO PRÓXIMO A TERRAS OCUPADAS POR INDÍGENAS. NATUREZA DECLARATÓRIA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO. PROPRIEDADE DA UNIÃO. DEVER DE PARTICIPAÇÃO DO ENTE FEDERAL PARA PROTEÇÃO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PAPEL COADJUVANTE DAS PRÓPRIAS COMUNIDADES. OBRIGATORIEDADE DE CONSULTA AOS POVOS POSSIVELMENTE AFETADOS. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (fl. 1, e-doc. 19).

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**.

Razão jurídica assiste ao recorrente.

Como se dispõe no § 1º do art. 231 da Constituição da República, terras indígenas:

“(…) 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”.

Na proteção aos direitos dos índios, devem ser considerados não só impactos diretos nas terras por eles habitadas, mas as modificações estruturais no entorno dessas terras que possam causar danos ambientais ou interferir na organização cultural das comunidades indígenas.

No julgamento da Petição n. 3.388, Relator o Ministro Ayres Brito, este Supremo Tribunal reforçou a amplitude do alcance do termo terras indígenas previsto no § 1º do art. 231 da Constituição:

“11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as ‘imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar’ e ainda aquelas que se revelarem ‘necessárias à reprodução física e cultural’ de cada qual das comunidades étnico-indígenas, ‘segundo seus usos, costumes e tradições’ (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras ‘são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis’ (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena” (*DJe 1º.7.2010*).

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 183.188, ressalta a importância da demarcação e preservação de terras indígenas para proporcionar aos índios o exercício de seus direitos assegurados pela Constituição:

“A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (RE n. 183.188, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 14.2.1997).

A necessidade de estudos de impacto ambiental e a consulta previa e participação de povos indígenas na aprovação de projetos empresariais que poderão causar impactos ambientais em suas comunidades devem observar os procedimentos previstos na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que foi incorporada ao Direito Brasileiro e tem legitimidade nos postulados de proteção e garantia dos direitos dos índios previstos nos arts. 231 e 232 da Constituição da República.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República pontua o alcance e a aplicabilidade dessa norma à espécie vertente:

“(…) como corretamente expôs o recorrente, o processo administrativo demandava a participação da comunidade possivelmente atingida pelo empreendimento.

Esse Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Pleno, não só pontuou a relevância do papel da União na proteção das terras indígenas, como também alçou os próprios índios a coadjuvantes desse processo e ressaltou o protagonismo da tutela e fiscalização por parte do Ministério Público. (...)

Nessa linha, dispõe a Convenção n. 169 da OIT, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n. 143/2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n. 5.051/2004 (...)

Ora, a mera referência à audiência pública não revela que haja sido respeitado o direito dos silvícolas de serem ouvidos acerca do empreendimento” (fls. 14-17, e-doc. 19).

No § 4º do art. 231 da Constituição da República se dispõe sobre a necessidade de se ouvirem as comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento de recursos hídricos e extração mineral em suas terras.

No item 2 do art. 6º da Convenção OIT n. 169 se prevê que “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”.

Para a Subprocuradora-Geral da República Deborah Duprat, a consulta às populações indígenas “deve ser prévia (‘sempre que sejam previstas’), bem informada (conduzida ‘de boa-fé’), culturalmente situada (‘adequada às circunstâncias’) e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta” (A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. RCJ – Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, n. 1, ed. 2014.

Necessária a observância ao que disposto no Decreto Legislativo n. 143/2002 e no Decreto Presidencial n. 5.051, de 19.4.2004, pelos quais internalizada a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, na qual se prevê o direito de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, como explicitou este Supremo Tribunal no julgamento dos embargos de declaração opostos do paradigmático ‘Caso Raposa Serra do Sol’ (Petição n. 3.388):

“67. A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A defesa nacional é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. O tema também foi abordado pelo Ministro Menezes Direito, com referência expressa à Convenção (fl. 408):

‘Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional’.

Na mesma linha, confira-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 731):

‘A circunstância de a faixa de fronteira constituir área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional justifica, plenamente, todas as medidas preconizadas no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO proferiu nesta causa, notadamente aquelas concernentes à desnecessidade de prévia autorização da FUNAI ou de consulta prévia às comunidades tribais interessadas, para efeito de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades militares e de atuação, nessas mesmas áreas, de qualquer das Forças Singulares’.

Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade- proporcionalidade.

Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade’ (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (trecho do voto do Relator, o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 3.2.2014).

No voto para referendar a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709, o Ministro Luiz Fux menciona exemplos no direito comparado e julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a necessidade de participação efetiva das comunidades indígenas na consulta prévia sobre políticas públicas e empreendimentos privados em seus territórios, que possam causar danos socioambientais irreversíveis ou de difícil reparação:

“No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente,

devido a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural.

(...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes” (*voto publicado em 1º.10.2020*).

Sobre a importância de se consultar as comunidades indígenas possivelmente atingidas pelos impactos ambientais dos empreendimentos a serem implantados em terras indígenas ou nas proximidades dela, vale destacar documento publicado pelo Cimi – Conselho Indigenista Missionário, nas palavras do historiador indigenista Clóvis Antônio Brighenti:

“Uma segunda mudança passa pela necessidade de participação dos povos indígenas em todas as etapas do processo, o que implica em poder opinar sobre a obra. Não podem ser consultados apenas depois que o projeto estiver definido para não serem meros objetos de medidas mitigadoras. Em 2011 o movimento indígena entregou ao governo brasileiro um documento onde solicita a Consulta Prévia, Livre e Informada - CPLI, e segundo os indígenas essa consulta prévia deve ser entendida como um processo e não como um evento. Reivindicação que já é um direito garantido aos povos indígenas, que necessita, no entanto, ser implementado” (Impactos ambientais sobre comunidades indígenas: necessidade de revisão metodológica e construção de novos referenciais de análise, in Empreendimentos que Impactam Terras Indígenas. Saulo Ferreira Feitosa e Clóvis Antônio Brighenti (organizadores), Cimi – Conselho Indigenista Missionário, Brasília, 2014, p. 45).

O julgado recorrido diverge dessa orientação jurisprudencial.

Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário** (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal

Federal) **para anular o julgado recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para decidir como de direito.**

Brasília, 2 de março de 2021.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

Relatora