

**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 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
(TRF4)**

CURITIBA/BRASÍLIA, 2023

Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.016142-4	3
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003901-82.2013.404.0000	21
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5007702-06.2013.404.0000	29
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008952-06.2015.4.04.0000	36
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5005067-52.2013.404.0000	46
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5045299-38.2015.4.04.0000	174
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009502-64.2016.4.04.0000	199
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000171-91.2013.4.04.7201/SC	204
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5034896-10.2015.4.04.0000	210
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001090-75.2012.4.04.7117	213
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5044859-42.2015.4.04.0000	223
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5010879-35.2015.4.04.7201	248
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000073-87.2010.4.04.7015	259
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004044-33.2012.4.04.7202/SC	314
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5000903-34.2019.4.04.0000	326
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5011540-44.2019.4.04.0000/RS	333
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030196-15.2020.4.04.0000/SC	338
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003779-88.2021.4.04.0000	343
APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027134-66.2018.4.04.7200	361

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.016142-4

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
AGRAVANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
AGRAVADO : FUNDACAO ESTADUAL DE PROTECAO AMBIENTAL
HENRIQUE LUIS ROESSLER FEPAM
ADVOGADO : Paulo Regis Rosa da Silva e outros
AGRAVADO : MONEL MONJOLINHO ENERGETICA S/A
ADVOGADO : Paulo Roberto Pastore de La Rocha e outros
AGRAVADO : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS - IBAMA
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
DATA DA DECISÃO 13/08/2009

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. INDÍGENA. DESISTÊNCIA DE RECURSO. TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. INSUFICIÊNCIA. DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA CONTRARRAZÕES. DESCABIMENTO. USINA HIDRELÉTRICA. VÍCIOS NO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. OMISSÃO DO COMPONENTE INDÍGENA. COLABORAÇÃO DAS AUTORIDADES PARA O PROBLEMA. IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO FÁTICA. OBRA CONCLUÍDA. RESERVATÓRIO CHEIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS ENVOLVIDOS. ÁREA ESTRANHA ÀS TERRAS INDÍGENAS. MEDIDAS MITIGATÓRIAS E COMPENSATÓRIAS PELOS REFLEXOS INDIRETOS DO EMPREENDIMENTO PARA OS ÍNDIOS. PROGRAMA CONSISTENTE. EXECUÇÃO IMEDIATA. MEDIDAS

CONTROVERTIDAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE PELA FUNAI E PELO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CASSAÇÃO DE LIMINAR RECURSAL. REQUERIMENTOS MINISTERIAIS PREJUDICADOS. PERDA DE EFEITO DE *ASTREINTES*.

1. NÃO SE ADMITE RECONHECIMENTO OU HOMOLOGAÇÃO DE DESISTÊNCIA DO AGRAVO, SEM O PROTOCOLO DE PETIÇÃO FORMAL, POR PARTE DA RECORRENTE, NESSE SENTIDO, NÃO SENDO SUFICIENTE, PARA TAL DESIDERATO, O TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES E CARREADO PELA RECORRIDA.

2. INVIÁVEL A DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA CONTRARRAZÕES, TENDO EM VISTA QUE NÃO HOUVE DESISTÊNCIA DO RECURSO, TAMPOUCO PREJUÍZO À AGRAVADA, QUE ACABOU PETICIONANDO, DIVERSAS VEZES, NOS AUTOS DO INSTRUMENTO, INCLUSIVE DECLINANDO ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR O DESPROVIMENTO DO RECURSO.

3. EM QUE PESE AS IRREGULARIDADES, NO DECORRER DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO DA USINA HIDRELÉTRICA, PROVOCADAS E CORROBORADAS, INCLUSIVE, POR DIVERSAS AUTORIDADES, NÃO É POSSÍVEL REVERTER A ATUAL SITUAÇÃO FÁTICA, QUAL SEJA, A CONCLUSÃO DA OBRA E O ENCHIMENTO DO RESERVATÓRIO.

4. NÃO SE OBSERVA, PELO ANDAMENTO ACIDENTADO DO PROCESSO, DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER LIMINAR, RESTANDO EVIDENCIADO QUE A UHE NÃO ESTÁ DENTRO DA ÁREA INDÍGENA, E QUE SUA ENTRADA EM OPERAÇÃO NÃO TRARÁ DANO ALGUM, AO CONTRÁRIO, BENEFICIARÁ A MUNICÍPIOS E COMUNIDADE, ALÉM DE SE TRATAR DE OBRA INCLUÍDA NO PAC.

5. JÁ EXISTE UM BOM E CONSISTENTE PROGRAMA DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS E MITIGATÓRIAS, QUE BENEFICIARÁ A COMUNIDADE INDÍGENA, NÃO HAVENDO RAZÃO PARA NÃO SER, DE PRONTO, INICIADA SUA EXECUÇÃO - O QUE VEM SENDO PROVIDENCIADO, EM TRATATIVAS AMIGÁVEIS ENTRE FUNAI E EMPRESA, NADA IMPEDINDO QUE PROSSIGAM, COM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEVE HAVER DEFINIÇÕES E AVALIAÇÕES, POR PARTE DA FUNAI, E DECISÃO DO MM. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, SOBRE AS DUAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS CONTROVERTIDAS, MAS TAL AINDA NÃO OCORREU, NÃO SE MOSTRANDO VIÁVEL O SUPRIMENTO DO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO, MOTIVO PELO QUAL A SOLUÇÃO PODE SER POSTERGADA.

6. CASSADA A LIMINAR DEFERIDA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREJUDICADOS OS REQUERIMENTOS MINISTERIAIS DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA ELEVADA E ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS GARANTIDORAS DO CUMPRIMENTO DO *DECISUM* LIMINAR, BEM ASSIM A APLICAÇÃO DE PENALIDADE POR ATO ATENTATÓRIO À JUSTIÇA. SEM EFEITO AS *ASTREINTES* IMPOSTAS PELO MAGISTRADO *A QUO* PARA CUMPRIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão prolatada nos autos de ação civil pública (ACP n. 2009.71.17.000560-0) ajuizada em 08/05/2009 pelo Ministério Público Federal contra a Monel Monjolinho Energética S/A, a FEPAM e o IBAMA.

Na ACP, o *Parquet* alega a nulidade do procedimento de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica Monjolinho (UHE Monjolinho), por meio da qual há de ser feita a exploração de potencial hidráulica concedida à primeira ré. O empreendimento se localiza no Rio Passo Fundo, na divisa entre os Municípios de Nonoai e Faxinalzinho, pressupõe investimentos de duzentos e oitenta milhões de reais, financiados pelo BNDES, e se destina a gerar potência equivalente a 2,7% do parque energético do Estado do Rio Grande do Sul. A nulidade é arguida em virtude da inexistência de adequado estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA) referentes aos impactos da UHE em terras indígenas kaingang e guaranis; das deficiências do estudo do componente indígena (ECI) posteriormente elaborado pela empresa e da insuficiência do mesmo estudo para atender a requisito da licença de instalação (IL) para concessão da licença de operação (LO); da competência do IBAMA e incompetência da FEPAM para licenciamento da Hidrelétrica; da ausência de publicidade e participação pública (especialmente das comunidades indígenas) na avaliação de impacto ambiental. O MPF ainda tece considerações sobre a nulidade de termo de ajustamento de conduta (TAC) firmado entre Ministério Público Estadual, FEPAM e UHE Monjolinho, nos autos de ação civil pública movida na Justiça Estadual, para afastar a questão indígena do processo de licenciamento; sobre a falta de consulta prévia à população indígena atingida (Convenção n. 169 da OIT); sobre a inexistência de consulta ao Congresso Nacional para o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas (art. 231, §§ 3º e 4º da Constituição Federal); sobre a necessidade de aplicação do princípio da precaução, em virtude da não publicação do Relatório de Identificação e Delimitação de terra indígena em processo de demarcação na área da UHE Monjolinho (TI Kandóia); sobre a imposição de danos morais às comunidades indígenas; sobre a necessidade de se obstar a concessão de financiamentos e/ou repasses da União para o empreendimento.

Os pedidos, na petição inicial, foram vertidos nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, o Ministério Público Federal, pela Procuradora da República signatária, requer a Vossa Excelência:

Liminarmente, a concessão de medida, inaudita altera parte, em sede de antecipação de tutela para, **EM CARÁTER DE URGÊNCIA URGENTÍSSIMA** para:

I - impedir a FEPAM de emitir Licença de Operação ou qualquer autorização para enchimento do reservatório em virtude de todos os fatos acima expostos, notadamente, diante: a) do descumprimento da condicionante insculpida no item 11 da LI nº 1465/2008 e inversão tumultuária do processo de licenciamento ambiental; b) da inexistência de aprovação da FUNAI, através de Parecer Técnico fundamentado (§ único do art. 5º da Resolução CONAMA nº. 237/97) quanto aos impactos identificados na Etapa I do Estudo do Componente Indígena e tampouco programas previstos na etapa II do ECI, conforme explanado no item 3.3; c) do fato de que a emissão de LO, e em consequência o enchimento do reservatório, impedirá, para fins de indenização pela perda de território, que se apure a extensão exata de território indígena que será alagado pelo empreendimento, a qual, outrossim, somente será revelada com a publicação do Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Kandóia que definirá os limites da terra indígena, que está prestes a ser publicado em 15/06/2009, conforme Ofício nº 341 (fl. 449);

II - suspender imediatamente o processo de licenciamento ambiental pela nulidade de todo processo e das licenças ambientais daí decorrentes, desde a sua gênese: a) pela inexistência de EIA/RIMA quanto aos impactos em terras indígenas; b) pela ausência de participação durante todo licenciamento das comunidades indígenas impactadas, seja em audiência pública, seja através da oitiva pelo Congresso Nacional (art. 231, § 3º da CF), seja em virtude de ausência de consulta, livre, prévia e informada; c) pelo descumprimento do parecer da FUNAI que, na atribuição que lhe confere o § único do art. 5º da Res CONAMA 237/97, determinava a complementação do EIA/RIMA quanto às populações indígenas; d) pela incompetência da FEPAM em conduzir o licenciamento, determinando a atuação do IBAMA que deverá retomar o procedimento de sua gênese, orientando os estudos ambientais a serem refeitos, nos termos da fundamentação;

III - seja notificada liminarmente a União Federal, pela suas agências de financiamento e Banco Nacional de Desenvolvimento Social, para que se abstenham de disponibilizar recursos financeiros para a execução da obra;

Em sede de cognição definitiva, seja a ação julgada procedente, confirmando-se todos os pedidos liminarmente requeridos para:

I - Declarar inexistente o EIA/RIMA da UHE Monjolinho, por não atender às disposições da Resolução CONAMA nº 01/86, nos termos das alegações apresentadas no item 3.1;

II - Declarar nula a audiência pública realizada em 19/09/2003, nos termos das alegações apresentadas no item 3.5;

III - Declarar nulas as Licenças Prévia e de Instalação, pelos diversos motivos elencados nesta inicial, mas, especialmente, pelo fato de provocar inversão tumultuária dos atos do procedimento de licenciamento ambiental, com graves prejuízos para a gestão e controle ambientais, nos termos das alegações apresentadas no item 3;

IV - Determinar a oitiva das comunidades afetadas, direta e indiretamente, pelo empreendimento pelo Congresso Nacional, nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88;

V - Determinar ao IBAMA que assumo o licenciamento ambiental da UHE Monjolinho, por força do artigo 10, da Lei 6.938/81, nos termos da alegações apresentadas no item 3.4;

VI - Condenar a Monjolinho S.A. à indenização por danos morais ou não patrimoniais, parte em favor das comunidades indígenas afetadas, parte em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos termos das razões apresentadas no item 7;

Requer, ainda, sejam citados os réus para, querendo, contestar a presente ação, pena de revelia, protestando, desde já, pela produção de toda e qualquer prova em direito admitida, especialmente a documental, pericial, testemunhal e vistoria.

Outrossim, requer a intimação da FUNAI para, querendo vir integrar o pólo ativo da presente ação e a condenação dos réus nos ônus da sucumbência.

Por fim, o Ministério Público Federal requer a concessão das medidas liminares de tutelas antecipadas e cautelares, inaudita altera pars, por entender que o farto conjunto probatório é suficiente ao convencimento do juízo nesta fase de cognição sumária, todavia, caso seja o entendimento desse digno Juízo, a aplicação das disposições do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92, decidindo por ouvir as pessoas jurídicas de direito público no prazo de 72 horas, destacamos ser imprescindível a adoção de meios simplificados e céleres para a comunicação do ato processual. Isto se dá pela exiguidade do tempo, eis que a data enchimento do reservatório, segundo o próprio empreendedor é dia **11/05/2009** e o cumprimento de carta precatória, dadas as formalidades do ato, pode demandar período de tempo dilatado, com risco de frustração dos pedidos face à tutela antecipada pleiteada.

Na mesma data de 08/05/2007, o Magistrado *a quo* assim decidiu:

[...] Tenho que, no presente momento processual, deve ser deferida parcialmente a liminar pleiteada pelo MPF.

Embora o contido no 2º da Lei 8.437/94, o qual preceitua que "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.", verifico a existência de verossimilhança nas alegações do parquet, consoante documentos acostados ao feito sendo que, especialmente, está demonstrada a existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a amparar a concessão da medida liminar.

Isto porque acaso seja autorizado o enchimento do reservatório UHE Monjolinho não será possível verificar a extensão dos danos existentes, a fim de que sejam tomadas as medidas compensatórias cabíveis, com relação ao território alagado, que poderá fazer parte da Terra Indígena Kandóia, cujos limites somente serão revelados com a publicação do seu Relatório de Identificação e Delimitação, o que ocorrerá na data de 15/06/2009.

III - Ante o exposto, DEFIRO parcialmente o pedido liminar para o fim de determinar à Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler - FEPAM que se abstenha de emitir Licença de Operação ou qualquer autorização para enchimento do reservatório UHE Monjolinho.

Intimem-se os réus para que se manifestem, querendo, no prazo do art. 2º da Lei 8.437/94.

Apresentadas ou não as manifestações, retornem os autos conclusos para nova análise do pedido liminar.

A ré MONEL foi intimada.

A decisão liminar, contudo, foi declarada nula, em 13/05/2009, pela então Presidente deste TRF, na Suspensão De Liminar ou Antecipação de Tutela n. 2009.04.00.011898-1, em virtude da falta de prévia oitiva dos entes públicos no prazo de setenta e duas horas.

Repisados os requerimentos antecipatórios, pelo *Parquet* Federal, sua reanálise foi indeferida, em razão de não ter transcorrido o prazo de setenta e duas horas da intimação dos entes públicos.

A FUNAI peticionou postulando o ingresso no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial, e a reapreciação dos pedidos liminares.

O IBAMA, intimado, manifestou-se no sentido de não ser sua a competência para proceder ao licenciamento da UHE Monjolinho.

Da mesma forma, a FEPAM aportou petição noticiando a concessão da LO à UHE e o início do enchimento do reservatório (com a perda de objeto do pedido liminar), bem como alegando: a necessidade de inclusão da União e do BNDES no polo passivo do feito; a inexistência de dano irreparável; a presença de estudos dos impactos sobre o componente indígena nos autos; a inexistência de impactos diretos às áreas indígenas; o *periculum in mora* inverso no deferimento da liminar; a competência da FEPAM para o licenciamento ambiental da UHE Monjolinho e a presunção de veracidade e legitimidade dos atos da Administração (inclusive das licenças expedidas); a impossibilidade de invasão do mérito administrativo; a desnecessidade de autorização do Congresso Nacional; a ausência de demarcação e a distância da TI Kandóia relativamente à área do empreendimento. Salientou, ainda, a necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade, tendo em vista o reconhecimento da viabilidade ambiental do empreendimento, o interesse público na entrada da obra em operação e a possibilidade de decisão sobre compensações em momento posterior sem prejuízo para o componente indígena.

Adveio, então, em 20/05/2009, a decisão agravada, na qual o Juiz Federal admitiu a inclusão da FUNAI como assistente litisconsorcial, determinou a promoção da citação dos litisconsortes necessários União e BNDES e indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, tendo prolatado este último provimento nos seguintes termos:

O deferimento da medida provisória requerida na inicial é possível quando, demonstrada a verossimilhança da alegação através de prova inequívoca, torna-se imprescindível a antecipação dos efeitos de um futuro provimento de mérito em razão da urgência, evitando-se, assim, o risco de seu perecimento no curso inevitável do processo.

Portanto é necessário que as alegações da inicial sejam relevantes a ponto de, em um exame preliminar, possibilitar ao julgador prever a probabilidade de êxito na ação (verossimilhança da alegação).

Deve estar presente, também, a indispensabilidade da concessão da medida (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), a fim de que não haja o risco de perda do direito ou a sua ineficácia se deferida apenas ao final.

Em que pesem os argumentos apresentados pelo MPF, tenho que, no presente momento processual, deve ser indeferida a liminar pleiteada.

Conforme consulta realizada no site da FEPAM ([http://www.fepam.rs.gov.br/spogweb/E016/E0160005.asp?txtProcId="205236](http://www.fepam.rs.gov.br/spogweb/E016/E0160005.asp?txtProcId=))," a Licença de Operação da Monel - Monjolinho Energética S/A foi expedida em 14/05/2009, nos seguintes termos:

Processo nº: 17765-05.67/08.5

Situação: Doc Emitido

Documentos: 2282/2009

Tipo de Documento: Licença de Operação

Situação do Documento: Em vigor

Início Vigência: 14/05/2009

Fim Vigência: 13/05/2013

Data Entrada

: 29/12/2008

CGC: 48.343.950/0018-9

Município empreendimento: Nonoai

Endereço empreendimento: Rio Passo Fundo - Nonoai/Faxinalzinho

Ramo Ativ.: Barragens de Geração de Energia (Usinas Hidrelétricas)

Empreendedor: Monel - Monjolinho Energética Ltda

Portanto, uma vez que já foi expedida a licença de operação, sendo que o enchimento do lago artificial começou na mesma data da emissão do referido documento, ocorreu a perda do objeto com relação ao pedido liminar para que a FEPAM se abstinhasse de emitir a Licença de Operação ou qualquer autorização para enchimento do reservatório, razão pela qual indefiro o citado pleito.

Requer ainda o MPF seja concedida tutela antecipada para que seja suspenso imediatamente o processo de licenciamento ambiental pela nulidade de todo o processo administrativo e das licenças ambientais daí decorrentes, desde a sua gênese.

Todavia, o presente pedido confunde-se o mérito da ação, sendo necessária, no caso, dilação probatória. Além disso, não tendo a parte autora logrado comprovar satisfatoriamente a verossimilhança do direito alegado e considerando que os atos administrativos praticados pela autoridade competente gozam da presunção de legitimidade, deve ser prestigiada a conclusão administrativa da FEPAM, no sentido de que foram respeitadas as normas legais referentes ao licenciamento da UHE Monjolinho, motivo pelo qual indefiro o pedido de suspensão do procedimento ambiental.

Ao fim, pleiteia o MPF seja determinado à União e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES que se abstenham de disponibilizar recursos financeiros para a execução da obra.

Indefiro também o pedido supra, haja vista que os referidos entes não foram incluídos como réus no presente feito, devendo o MPF promover a citação da União e do BNDES como litisconsortes passivos necessários, conforme determinado no item II.1.

III - Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Em 22/05/2009, a FUNAI interpôs o presente agravo de instrumento, insurgindo-se quanto ao indeferimento da medida antecipatória. Arguiu a nulidade do licenciamento ambiental da UHE, diante do descumprimento da condicionante n. 11 da LI, referente ao componente indígena, para concessão da LO. Defendeu que o descumprimento está caracterizado diante da insuficiência dos estudo realizado para a avaliação do impacto ambiental indígena. Explicou que o ECI, de acordo com o Termo de Referência que o orientou, é composto de três etapas: a etapa I, que envolve o levantamento e caracterização dos possíveis impactos ambientais e socioculturais do empreendimento, equivalendo ao EIA; a etapa II, que compreende a elaboração dos projetos, programas de monitoramento, ações mitigatórias e indenizatórias e Programa de Compensação adequado às comunidades indígenas, equivalendo ao Projeto Básico Ambiental (PBA); e a etapa III, que pressupõe a aprovação da FUNAI e dos índios e a execução dos projetos compensatórios. Relatou que a fase I foi finalizada em março de 2009 e aprovada pelas comunidades envolvidas. Contudo, aduziu que a proposição de medidas mitigadoras só pode ser realizada, de forma responsável, se os impactos puderem ser devidamente identificados, mediante diagnóstico fidedigno, o que sustentou não ter ocorrido. Destacou que os programas apresentados, até o momento, não fazem referência a prazos, custos estimados, indicadores de eficiência, etc. - pressupostos para se ter como integralmente executada a fase II do ECI -, inviabilizando a análise de sua adequação. Afirmou que o empreendedor pretende postergar a finalização da etapa II para depois da entrada em operação da usina, não se sabendo se pretende cumprir o acordado. Argumentou que é imprescindível, na etapa II, antes do deferimento da LO, a discussão das medidas mitigadoras e a aprovação das mesmas pela FUNAI (art. 5º da Resolução n. 237/97), da mesma forma que a prévia oitiva e aprovação pelas comunidades indígenas, haja vista o direito fundamental de participação e informação previsto no art. 231 e §§ da CF e Convenção 169 da OIT. Registrou que a FEPAM, além de já ter reconhecido a relevância de composição da questão indígena e a necessidade de parecer da FUNAI na LP e na LI, também se comprometera, em reunião de 17/08/2009, a não permitir o enchimento do reservatório antes de haver o assentimento das comunidades indígenas quanto às medidas compensatórias. Ressaltou que as condicionantes previstas na LP e na LI, a despeito do TAC firmado com o MPE, foram mantidas na LP n. 1.065/05. Aduziu que o início do enchimento do reservatório não fez com que perdesse o objeto o pedido liminar do *Parquet* Federal, tendo em vista serem necessários trinta dias para o completo enchimento do reservatório, ao passo que apenas oito dias haviam se passado. Defendeu, portanto, a imediata interrupção do procedimento, "sob

pena de graves danos à comunidade indígena, na medida em que dificultará avaliar/mensurar os impactos ocorridos em sua terra, inviabilizando, por consequência, a realização das medidas mitigatórias e compensatórias a cargo do empreendedor; que se encontra em grave mora". Gizou, ainda, o profundo descontentamento dos indígenas afetados e a possibilidade de surgimento de graves conflitos na região. Requereu a antecipação da tutela recursal e o provimento do recurso nos seguintes termos:

- a) seja deferido o efeito suspensivo ativo à decisão prolatada pelo Juízo a quo, em sede de tutela antecipada, para declarar a nulidade da licença de operação e, por consequência, determinar a imediata interrupção do enchimento do reservatório;
- b) após, seja intimado o agravado para resposta, nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil;
- c) seja provido o agravo de instrumento para reformando a decisão liminar de primeiro grau, suspender o licenciamento ambiental, com a declaração de nulidade da licença de operação, para sanar as irregularidades no Estudo do Componente Indígena (efetivo cumprimento do item 11 previsto na Licença de Instalação).

No eventual impedimento desta Relatora, o Eminentíssimo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, na mesma data de 22/05/2009, deferiu medida liminar, no presente agravo, na forma que segue:

Com efeito, os documentos que instruem a peça recursal, pelo menos em nível de liminar, convencem da necessidade do seu deferimento, até o julgamento do agravo de instrumento, para preservar a ordem pública e evitar conflitos entre índios e não índios.

Por outro lado, a decisão impugnada apresenta conteúdo de irreversibilidade, o que contraria o sistema processual, eis que, acaso reformada a decisão impugnada, acarretaria prejuízo irreparável à recorrente.

A respeito, pertinente o magistério de Pasquale Frisina, verbis:

"Ne consegue che ove la situazione cautelanda lo richieda, la misura cautelare potrà certamente assumere contenuto anticipatorio, ma per tale via dovrà limitarsi a realizzare una composizione provvisoria (giammai satisfattiva) dei contrapposti interessi, con effetti oggettivamente reversibili, sì da impedire quel préjudice au principal che per l'abrogato Code de procédure civil del 1976 era il limite, espressamente enunciato, entro cui dovevano essere contenute le misure urgenti di réferé. In altre parole, il giudice della cautela dovrà disporre misure a contenuto ed effetti giuridicamente reversibili, e comunque, <> (51),"

("La Tutela Anticipatoria: Profili Funzionali e Strutturali", in Rivista di Diritto Processuale, anno XLI, n. 2-3, 1986, pp. 381-2)

Proceda-se na conformidade do art. 527, V, do CPC.

Comunique-se.

Após, dê-se vista ao douto MPF (art. 82, III, do CPC).

Intimem-se. Comunique-se. Dil. legais.

Em 16/06/2009, a MONEL peticionou informando que, em 27/05/2009, na sede da FUNAI, em Brasília, houvera composição sobre o bem da vida em litígio no recurso, ficando estabelecida, dentre outras questões, a desistência do recurso. Sendo assim, diante da desistência assinalada pela FUNAI, requereu a extinção do agravo, nos termos do art. 501 do CPC. Alegou, outrossim, que o enchimento do reservatório era irreversível e já se completara. Juntou termo de acordo (fls. 23-25).

Em 26/06/2009, foi remetido a esta Corte, via SISCON, ofício do Julgador *a quo*, carreando termo de audiência de tentativa de conciliação, realizada na véspera, e noticiando a prolação de decisão, *verbis*:

[...] O Ministério Público Federal, às fls. 201/202, requer: A) seja determinado à Monjolinho Energética que cumpra a decisão judicial do Tribunal Regional Federal, interrompendo imediatamente as atividades da UHE Monjolinho, com a fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) caso a ré persista descumprindo a decisão judicial; B) seja determinado ao órgão de proteção ambiental estadual - FEPAM que fiscalize se a empresa ré passará a cumprir a decisão judicial; C) a intimação das rés acerca da decisão, cientificando-as de que caso a descumpram estarão sujeitas a responsabilização criminal de crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

A MONEL requer a oitiva da técnica da FUNAI, para esclarecer acerca do Acordo.

Passo a decidir.

Inicialmente, indeferido, neste momento processual, a oitiva da técnica da FUNAI. A presente audiência trata-se de tentativa de conciliação. Ademais, em que pese as alegações acerca do Acordo, há decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região em vigor, conforme se verá adiante, tendo o Procurador da FUNAI dito, nesta audiência, conforme se vê acima, que não houve desistência do Agravo de Instrumento.

Outrossim, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu o Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, in verbis:

[...]

Verifico no sítio do TRF4 (www.trf4.jus.br) que não há decisão revogando a acima transcrita.

Há, pois, decisão em vigor, a qual deve ser cumprida.

Ademais, no caso deve ser levado em consideração, no que tange ao litisconsórcio, o teor do art. 509 do CPC. Outrossim, o Procurador Federal presente nesta Audiência noticia que "não houve desistência do agravo por parte da FUNAI".

Além disso, neste momento, destaco, no que tange a atuação do Ministério Público Federal em relação a direitos indígenas, as seguintes disposições legais: [...]

No caso, conforme "Termo de Acordo" acostado a presente Ata de Audiência, não houve intervenção do Ministério Público Federal.

Reitero, há decisão judicial exarada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Assim, considerando a decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fixo multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) no caso de descumprimento, a incidir a partir do 10º (décimo) dia da data da presente audiência.

Oficie-se a FEPAM para que fiscalize o efetivo cumprimento da decisão.

Comunique-se o Eminent Relator do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.016142-4, remetendo cópia da presente Ata de Audiência.

Presentes intimados.

Em 06/07/2009, aportou ao instrumento nova petição da MONEL, manifestando-se quanto à decisão de primeiro grau recém transcrita e sustentando a inocorrência do alegado descumprimento de ordem judicial. Sustentou que a desistência do agravo, pela FUNAI, manifestada em acordo válido, inequívoco e irreatável, configura prática de ato incompatível com a vontade de recorrer e surte efeitos de forma imediata, nos termos do art. 158 do CPC, ainda que o pleito não tenha sido protocolado pela recorrente nos autos do agravo. Destacou que tais efeitos imediatos independem da anuência do recorrido ou dos litisconsorte e de homologação judicial, consoante arts. 158 e 501 do Diploma Processual. Gizou que o compromisso de desistência do agravo não foi firmado sob termo ou condição suspensiva, na forma do disposto no documento e nas comunicações prévias e posteriores à assinatura deste entre as partes. Argumentou que, na interpretação de acordo, assim como na de contratos em geral, deve-se atentar à vontade das partes (arts. 112 e 113 do Código Civil). Aduziu que a FUNAI age com deslealdade processual e em ofensa à boa-fé objetiva. Afirmou que foi com fulcro neste último princípio que a agravada, inclusive, deixou de oferecer contrarrazões ao recurso. Sustentou ser inviável justificar a não desistência do agravo com fundamento na exceção do contrato não cumprido, tendo em vista que a empresa está cumprindo sua parte do acordo (que consiste em se comprometer a executar medidas compensatórias, após autorização da FUNAI, e entregar contraproposta quanto a dois itens não consensuais do ECI - 4.7 e 4.8 -, o que foi realizado). Ressaltou ter ficado consignado, expressamente, no termo de acordo, que as obrigações assumidas pela MONEL ficavam condicionadas à inexistência de impedimentos à entrada em operação da UHE. Alegou que o Magistrado de primeiro grau não tem competência para deliberar sobre o inadimplemento ou não da decisão prolatada em sede recursal. Defendeu inexistir óbice a que a parte que recorreu sozinha de uma decisão desista do recurso, independentemente de anuência de litisconsorte, ainda que unitário; o art. 509 do CPC dispõe apenas sobre a extensão dos efeitos da decisão do recurso a todos os litisconsortes. Sublinhou que o MPF não agravou da decisão impugnada neste instrumento, demonstrando sua conformidade com ela. Afastou a necessidade de intervenção do MPF no

termo de acordo com a FUNAI, uma vez que esta tem competência para tratar de direitos indígenas, não tendo, de qualquer forma, renunciado a qualquer direito congênere, mas tão-somente desistido de agravo de instrumento contra decisão interlocutória sequer questionada pelo *Parquet*. Voltou a referir a irreversibilidade do enchimento do reservatório (inclusive reconhecida no termo de acordo) e a inexecuibilidade da liminar deferida no agravo, que fica, portanto, prejudicada. Sustentou que a medida buscada pela FUNAI, no recurso, é meramente punitiva, não acautelatória, pois não há nenhum interesse que justifique a tentativa de impedir o funcionamento da UHE. Referiu que o enchimento do reservatório em nada prejudicou a obtenção das provas necessárias à comprovação dos fatos controvertidos na ação civil pública, pois o PBA apurou todos os impactos indiretos aos indígenas e sugeriu medidas compensatórias e mitigatórias já tratadas no termo de acordo. Destacou a relevância do empreendimento para a geração de energia e empregos, para o combate à seca e para a economia e arrecadação dos Municípios afetados (ICMS e *royalties* estimados em R\$ 1.412.00,00 por ano). Postulou a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para fins de desprovimento do agravo. Requereu, sucessivamente, a homologação da desistência do agravo ou a reconsideração da liminar e o afastamento da decisão de primeiro grau impondo multa por seu descumprimento. Ainda solicitou a reabertura do prazo para contrarrazões em virtude de sua boa-fé. Colacionou documentos.

Saliente-se que, contra a mesma decisão proferida na audiência de tentativa de conciliação, a MONEL também interpôs o Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.023807-0, no qual prolatei a seguinte decisão liminar:

A decisão impugnada não é nula, isto porque o Juízo de Primeiro é o competente para cumprir as decisões emanadas por este Tribunal. O cumprimento das decisões proferidas pelos Tribunais em sede de agravo de instrumento são cumpridas, de regra, pelo Juiz ao qual foi distribuída a ação que deu origem ao recurso; é o caminho natural a ser seguido. O que o Juiz não pode fazer é inovar em relação ao decidido pelo Tribunal, tendo a incumbência, inclusive, de tomar as decisões necessárias a dar efetividade a eventuais medidas determinadas pelo Tribunal ad quem, inclusive a fixação de astreintes por eventual descumprimento da decisão judicial. Foi exatamente o que o Juiz de Primeiro Grau fez na decisão ora impugnada.

Não há, assim, qualquer nulidade na decisão agravada.

Em que pese concordar com a tese da parte agravante de que a desistência recursal, a teor do artigo 501 do CPC, independa de anuência do Ministério Público Federal, ou de qualquer outro litisconsorte, mesmo em que caso de litisconsórcio unitário, não há qualquer possibilidade de se deferir a desistência do Agravo de Instrumento n.º 2009.04.00.016142-4/RS sem o protocolo de petição formal por parte da recorrente, no caso a FUNAI, nos autos do respectivo recurso. Trata-se de requisito essencial ao deferimento da desistência que a recorrente o requeira expressamente. O Termo de Acordo

firmado entre as partes não é suficiente para tal desiderato. Como a própria parte recorrente afirma que não houve protocolo de pedido de desistência do recurso, a decisão nele proferida continua produzindo seus efeitos.

Em que pese ponderáveis os argumentos trazidos pela Monel Monjolinho Energética S/A, ora agravante, no que diz respeito à necessidade do prosseguimento das atividades do seu empreendimento, este recurso não é a seara adequada para a discussão de tais matérias, mas sim a do Agravo de Instrumento n.º 2009.04.00.016142-4/RS. Cabe referir que no respectivo recurso, muito embora distribuído para este Gabinete, a antecipação da tutela recursal concedida pelo eminente Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, no meu eventual impedimento, recurso que foi remetido ao Ministério Público Federal em 30 de junho passado. Somente com o seu julgamento, ou mediante protocolo de eventual pedido de reconsideração naquele agravo (§ único do artigo 527 do CPC), é que o pedido da parte ora agravante poderá ser atendido. Enquanto isto não ocorrer tem plena vigência da decisão proferida pelo Desembargador Lenz.

No que diz respeito à fixação da multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por descumprimento da decisão judicial é matéria que poderá ser revertida por ocasião do julgamento do Colegiado, sendo que a sua manutenção não ocasionará qualquer prejuízo, pelo menos por ora, ao agravante. Não estando presente o requisito do dano irreparável ou de difícil reparação, assim, a justificar a concessão do efeito suspensivo, não há razão para concessão do efeito suspensivo. Aliás, quanto ao ponto, é de se consignar que eventualmente provido o Agravo de Instrumento n.º 2009.04.00.016142-4/RS, a questão restará prejudicada.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Intimem-se, sendo que parte agravada na forma e para os fins do inciso V do artigo 527 do CPC.

Por sua vez, nos autos da ACP, o Ministério Público Federal postulou a majoração da multa diária imposta pelo Juízo *a quo* pelo descumprimento da decisão liminar do presente agravo (AI n. 2009.04.00.016142-4), a imposição de multa aos diretores da pessoa jurídica do empreendedor, a adoção das medidas necessárias para paralisação do empreendimento e a requisição à Autoridade Policial Judiciária de instauração de inquérito policial para apuração do delito de desobediência - requerimentos que foram indeferidos pelo Magistrado de primeiro grau, em 09/07/2009, e são objeto do Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.025754-3.

De volta ao presente agravo (AI n. 2009.04.00.016142-4), em 13/07/2009, a FUNAI peticionou, alegando que, conquanto a MONEL tenha oferecido PBA, em maio do presente ano, nos termos do item 11 da Licença de Instalação, a empresa não deu início ao cumprimento do termo de acordo firmado com a Autarquia, sob a alegação de que os itens 4.7 e 4.8 do Estudo não guardam nexos de causalidade com a construção da UHE. Fundamentou em tal conduta a não desistência do agravo por parte da FUNAI, desistência esta que, de toda forma, somente seria feita mediante anuência do MPF, com fulcro nos arts. 129, inc. V, e 232

da Constituição Federal. Assim, postulou seja desconsiderado o pedido de extinção do agravo, mantendo-se suspensa a LO.

Em promoção, o *Parquet* carrou o PBA apresentado em maio, que consistiria na primeira parte etapa II do ECI, além de outros documentos. Alegou que, sem que a MONEL assumira o compromisso de assinar o Termo de Compromisso para execução de todos os itens do PBA indígena, não há como considerar como finalizada a etapa II do ECI, não se podendo ter como cumprido, conseqüentemente, o disposto na LI de dezembro de 2008 - o que implica a nulidade da LO. Defendeu a impossibilidade de a FUNAI desistir do agravo de instrumento. Arguiu a inexistência jurídica ou a nulidade do termo de acordo firmado entre a recorrente e a MONEL. Registrou o descumprimento da liminar deferida no agravo, ficando caracterizado atentado à dignidade da justiça, com a conseqüente necessidade de imposição da multa do art. 14 do CPC. Argumentou que, em não sendo possível o esvaziamento do reservatório, deveriam ter cessado, por força da liminar, as etapas subsequentes do empreendimento. Defendeu estar sendo descumprido o art. 232, § 3º, da Constituição. Aduziu a necessidade de aprovação do PBA pela FUNAI e pelas comunidades indígenas, da mesma forma que a assinatura de termo de compromisso, por parte da empresa, para só então ser deferida a LO. Requeru a fixação de *astreintes* para a hipótese de descumprimento da decisão liminar do agravo. Relatou a ameaça indígena de conflitos e busca de "soluções diretas" na região. Encerrou postulando:

Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer que, para fins de ser garantida a execução da decisão de fls. 17-18, seja determinado à agravada que:

- a) Não inicie ou paralise imediatamente as operações no empreendimento em questão, mantida esta situação até que assine o termo de compromisso apresentado pela FUNAI para execução das medidas previstas no PBA indígena, inclusive os itens 4.7 e 4.8;
- b) No caso de descumprimento (sic) obrigação acima, seja fixada multa diária em valor não inferior a R\$ 1.000.000,00 e também seja lacrado o empreendimento por Oficial de Justiça;
- c) Seja expedida Carta de Ordem para a Vara Federal de Erechim para intimação imediata, por Oficial de Justiça, do responsável pelo empreendimento;
- d) Seja intimada a AGERGS, associada à ANEEL, para que fiscalize o cumprimento desta liminar e comunique a Vossa Excelência eventuais descumprimentos (endereço: Av. Borges de Medeiros, 659, 14º andar, Porto Alegre);
- e) Seja igualmente intimado o Gerente do Centro Regional de Operação Sul, para que também fiscalize o (sic) comunique eventual descumprimento (sic) Operadora Nacional do Sistema Elétrico - ONS, Sr. Manoel Botelho

(endereço: Rua Deputado Antonio Edu Vieira, Pantanal, CEP 88040-901, Florianópolis).

[...] Em sede de julgamento do agravo de instrumento pela Colenda Turma, seja fixada multa por atentado à dignidade da justiça (art. 14, CPC), em valor não inferior a 20% do valor do empreendimento.

Finalmente, em 27/07/2009, a MONEL reprisou o pleito de revogação da liminar dada no agravo, tornando-se, por consequência, prejudicada a decisão e a multa fixada em primeiro grau.

É o relatório.

Decido.

VOTO

Inicialmente, no que se refere à debatida desistência do agravo de instrumento, não há qualquer possibilidade de ser reconhecida e homologada sem o protocolo de petição formal por parte da recorrente, no caso, a FUNAI. Trata-se de requisito essencial à homologação da desistência que a recorrente o requeira expressamente - o que não ocorreu -, não sendo o Termo de Acordo firmado entre as partes suficiente para tal desiderato.

O requerimento de devolução de prazo para contrarrazões à MONEL deve ser afastado pelo mesmo fundamento, somado ao fato de que não se verificou qualquer prejuízo à empresa, tendo em vista que ela acabou peticionando diversas vezes, nos autos do presente instrumento, inclusive declinando argumentos para justificar o desprovimento do recurso.

Passo, pois, a apreciar o mérito do agravo.

Analiso o histórico do processo de licenciamento ambiental da UHE Monjolinho, iniciado em 2005, que está às folhas 52-56 do apenso. Observo o mapa de localização do empreendimento, na divisa dos Municípios de Nonoai e Faxinalzinho. Encontro nos autos (fl. 173 e fls. 196-198, do 2º apenso) Parecer da FUNAI acerca da desnecessidade da Consulta ao Congresso Nacional, isso em 03/10/2003. Houve TAC firmado entre o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, MONEL, FEPAN e outros órgãos, que, por evidente equívoco, afastaram as condicionantes indígenas do processo de licenciamento, em 04/08/2004 (fls. 244-248, do 2º apenso), ocasião em que ainda seriam possíveis alteração no empreendimento e remessa da questão ao foro federal.

Verifico que, embora a divisível incompetência, houve a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), apesar da discordância da FUNAI, em 16/08/2004 (fl. 249, do 2º apenso). Saliento que há Inquérito Civil aberto pelo Ministério Público Federal para verificação da questão indígena relativamente à construção da UHE Monjolinho (fl. 344, do 3º apenso).

A Licença de Instalação (LI) da UHE é de dezembro de 2008, impondo condicionante indígena para a Licença de Operação (LO), item 11 (fls. 401-404, do 3º apenso).

No processo administrativo aberto pela FUNAI (4º apenso), há quadro cronológico do Estudo do componente indígena, sendo que o Parecer Técnico do Ministério Público Federal está à fl. 452 do 3º apenso.

Em prosseguimento ao já processado, verifico que há manifestação expressa da FUNAI, no sentido de que não há oposição da FUNAI e dos índios quanto à construção em si da Usina, isso foi dito em 18/05/2009 (fl. 121, do 1º apenso, 4º parágrafo).

Os documentos das fls. 106-108, 114 e o segundo "considerando" da fl. 118 dão conta da irreversibilidade do enchimento do reservatório da UHE.

Em 27/05/2009, há um termo de acordo (fls. 23-25 dos autos), em que as partes reconhecem a urgente necessidade da implantação das medidas compensatórias e mitigatórias, o que converge com o postulado pelo Ministério Público Federal, em parte, item que transcrevo:

a) Não inicie ou paralise imediatamente as operações no empreendimento em questão, mantida esta situação até que assine o termo de compromisso apresentado pela FUNAI para execução das medidas previstas no PBA indígena, inclusive os itens 4.7 e 4.8;

Observo que os dois únicos pontos das medidas compensatórias em que há divergência são os aludidos itens, havendo um bom e consistente programa de medidas que certamente beneficiará a comunidade indígena, não havendo razão para não ser de pronto iniciado.

Com respeito aos pontos em que há controvérsias: itens 4.7 e 4.8, consistentes em:

Garantir apoio à infra-estrutura de produção	Empresa garante a aquisição de materiais e equipamentos agrícolas (tratores, colheitadeira, caminhonete) e instalação de infra-estrutura (galpões) para as comunidades de Votouro (sede e Kandóia) e Votouro Guarani.	Materiais e equipamentos, adquiridos e em funcionamento e infra-estrutura instalada	Permanente, com início imediato	MONEL, FUNAI, EMATER, Prefeituras, Org. indígenas	Aquisição de equipamentos e infra-estrutura, com o indicativo de: Votouro (trator, colheitadeira, caminhonete e galpão; Votouro Guarani (trator) e Votouro Kandóia (a definir após regularização)
--	---	---	---------------------------------	---	---

Garantir apoio ao custeio da produção	Empresa realiza o repasse de verbas anuais de custeio agropecuário para as comunidades Votouro (sede e Kandóia) e Votouro Guarani.	Registros que comprovem o efetivo repasse das verbas de custeio agropecuário para as comunidades	Permanente, com início imediato	MONEL, FUNAI, EMATER, Prefeituras, Org. indígenas	Valores anuais de custeio (a definir) para as comunidades de Votouro (sede), Votouro Guarani e Votouro Kandóia (após regularização)
---------------------------------------	--	--	---------------------------------	---	---

Reconhece-se que deve haver definições e avaliações por parte da FUNAI e decisão do MM. Juízo de primeiro grau, sobre os pontos, o que não ocorreu, não se mostrando viável o suprimento do primeiro grau de jurisdição, motivo pelo qual a solução pode ser postergada.

As partes levantaram uma composição sobre tais medidas compensatórias, não havendo óbice a que se renovem as iniciativas de composição com a presença do diligente Órgão Ministerial.

Ao que cabe decidir, após exame que se pode realizar em autos de agravo de instrumento, resta claro que não é possível reverter a situação fática, qual seja, o enchimento de reservatório. Não se observa, pelo andamento acidentado do processo, descumprimento de qualquer liminar, restando evidenciado que a UHE não está dentro da área indígena. Outrossim, não vislumbro possibilidade de dano algum com a entrada em operação da Hidrelétrica, que só trará benefícios a todos, Municípios e comunidade, além de se tratar de obras incluída no PAC.

Nessa quadra, a nulidade do licenciamento está superada pela realidade da condução da obra, sendo tal de lamentar, mas não sendo demais considerar que, para o ocorrido, em muito, contribuíram as próprias autoridades no nascedouro do projeto.

Dessarte, tenho que não resta alternativa razoável diversa da cassação da liminar deferida neste agravo, ficando prejudicados os requerimentos do Ministério Público Federal, relativos à imposição de multa diária elevada e à adoção de outras medidas garantidoras do cumprimento do *decisum* liminar, bem assim à aplicação de penalidade por ato atentatório à Justiça. De outro lado, deixam de subsistir as *astreintes* impostas pelo Magistrado *a quo* na decisão de 25/06/2009.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo, cassando a liminar que sustou a entrada em operação da UHE Monjolinho.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003901-82.2013.404.0000

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
: RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
AGRAVADO : MAR AZUL LOGÍSTICA, ARMAZENAMENTO, TERMINAIS
: E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : Rafael da Costa Dias
DATA DA DECISÃO : 13/08/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LICENÇA PRÉVIA DE EMPREENDIMENTO. SILVÍCOLAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

Caso em que a necessidade de dilação probatória, a fim de se verificar se a consulta aos povos indígenas foi garantida e efetiva ou apenas aparente, incompatível com essa estrita via recursal.

Hipótese em que não restou evidenciado o *periculum in mora*, tendo em vista que, pois tem a parte agravada licença para instalação de centro de distribuição portuária desde 2009, porque a licença prévia nº 444/2012 não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação e porque a assertiva de que já iniciaram as obras de tal centro não foi acompanhada de prova do impacto ambiental e sociocultural sobre as terras e os povos indígenas da região.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis -IBAMA, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a Mar Azul Logística, Armazenamento, Terminais e Transportes S.A., indeferiu pedido de concessão de liminar, para suspender a validade da Licença Prévia n.º 444/2012, referente ao Terminal Marítimo Mar Azul, e da Licença de Instalação n.º 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição Mar Azul, por supostas irregularidades no processo de licenciamento ambiental dos respectivos empreendimentos.

Em suas razões recursais, o MPF defendeu a existência de falhas na fase final do processo de acompanhamento do Estudo do Componente Indígena do licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição Mar Azul. Alegou que a ausência do referido estudo torna temerária a adoção de qualquer medida pelo empreendedor, que, com a expedição da Licença Prévia n.º 444/2012, deu início às obras do Centro de Distribuição - outro empreendimento, para o qual já havia sido expedida a Licença de Instalação n.º 652/2009 -, havendo risco de dano concreto às comunidades indígenas locais. Sustentou que as irregularidades no processo de licenciamento estão consubstanciadas na inobservância do disposto na IN n.º 01/PRES, de 9 de janeiro de 2012 (alterada pela IN n.º 04/PRES, de 19 de abril de 2012), e da Convenção n.º 169 da OIT, pois não foram resguardados os direitos do povo Guarani, estando marcado por manifesto desvio de finalidade, uma vez que a Fundação atuou com propósito de facilitar o licenciamento do empreendimento, sem atentar para os interesses das comunidades indígenas. Argumentou que a continuidade das obras do Centro de Distribuição, com base na Licença de Instalação n.º 652/2009, poderá causar prejuízos aos povos indígenas do entorno dos empreendimentos. Além disso, a continuidade do processo de licenciamento do Terminal Marítimo, a partir da Licença Prévia n.º 444/2012, implicará manifesto desperdício de recursos públicos, materiais e humanos. Nesses termos, requereu a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido.

Com contrarrazões apresentadas pela FUNAI, bem como com pedido de reconsideração ofertado pelo MPF, voltaram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Por ocasião da análise do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, foi prolatada decisão nos seguintes termos:

"A controvérsia sub judice cinge-se à regularidade do processo de licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição Mar Azul, em face da ausência de Estudo do Componente Indígena, com avaliação específica de eventuais impactos ambientais e socioculturais advindos da instalação e operação dos empreendimentos, e indicação de medidas de mitigação e/ou compensação pertinentes.

Ao analisar o pleito liminar, o juízo a quo indeferiu-o, com base nos seguintes fundamentos:

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra IBAMA, MAR AZUL LOGÍSTICA, ARMAZENAMENTO, TERMINAIS E TRANSPORTES S.A. e FUNAI, com a qual colima provimento jurisdicional que declare a nulidade da fase final do procedimento de acompanhamento e aprovação, pela FUNAI, do Estudo do Componente Indígena do licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e do Centro de Distribuição Mar Azul, assim como da Licença Prévia nº 444/2012, relativa ao Terminal Marítimo, e da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição.

Conforme narração dos fatos, a sociedade empresária Mar Azul Logística, Armazenamento, Terminais e Transportes S/A, subsidiária da Companhia de Navegação Norsul, foi constituída em meados do ano de 2005, com o objetivo de viabilizar a instalação e operação de um empreendimento portuário no Município de São Francisco do Sul, a ser utilizado, entre outras finalidades, para descarregamento de bobinas de aço destinadas à empresa Arcelormittal Vega do Sul.

Destaca o autor que em razão de dificuldades encontradas pelo empreendedor para o licenciamento ambiental, o empreendimento foi dividido em dois: o Centro de Distribuição de Cargas - CD Mar Azul e o Terminal Marítimo Mar Azul. A empresa alega que existe interesse na construção do CD independentemente do terminal portuário. O local proposto para construção do Terminal Marítimo compreende uma área de 60.603 m², nas proximidades da rodovia BR-280, na altura do Km 8, margeando a baía da Babitonga. Além de terreno alodial, o imóvel abrange cessão de 34.672 m², compreendendo manguezal litorâneo, totalizando aproximadamente 95.275m.

O autor indica que a existência de terras indígenas no entorno do empreendimento foi prevista no EIA/RIMA.

Informa que diante da necessidade de um acompanhamento mais aprofundado da questão envolvendo o componente indígena do processo de licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição de Cargas Mar Azul, foi instaurado o inquérito civil nº 1.33.005.000441/2012-15.

Defende que o componente indígena não foi realizado de forma a atender as formalidades jurídicas, na medida em que comunidade indígena da aldeia Morro Alto, maior interessada, não teve amplo e adequado acesso aos resultados conclusivos dos estudos, nem ao Plano Básico Ambiental, nem foi oportunizada a manifestação a respeito, o que acarreta a nulidade da licença expedida.

Registra que outras irregularidades relativas à expedição da Licença Prévia nº 444/2012, referente ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul, serão discutidas em autos próprios, na medida em que também não foram observadas, no processo de licenciamento, as disposições referentes às áreas de preservação permanente, proteção de espécies ameaçadas de extinção.

Aponta o Ministério Público Federal máculas no procedimento da FUNAI na etapa final de acompanhamento, consubstanciadas na inobservância do disposto na IN nº 01/PRES de 09 de janeiro de 2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e da Convenção nº 169 da OIT, pois o procedimento adotado pelo empreendedor e pela FUNAI não observou os direitos do povo Guarani, garantidos em diversos níveis de nosso ordenamento jurídico, além de ter sido marcado por manifesto desvio de finalidade, na medida em que a Fundação atuou com propósito de facilitar o licenciamento do empreendimento, sem atenção aos interesses da comunidade indígena.

Defende, portanto, que está eivado de nulidade o processo, a anuência da FUNAI e a própria licença prévia concedida ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul. O mesmo vale para as licenças de instalação do suposto empreendimento independente Centro de Distribuição Mar Azul, em relação ao qual não fora exigido em tempo o ECI, mas que foi abarcado nos trabalhos realizados com vistas ao licenciamento do porto. Aliás, para o CD, sequer se exigiu LP, tendo sido emitida diretamente uma Licença de Instalação.

O autor formula, em sede liminar, os seguintes pedidos:

(...) a concessão da antecipação da tutela, a fim de que seja suspensa a validade da Licença Prévia nº 444/2012, referente ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul, bem como da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição Mar Azul, até que sejam sanadas as irregularidades acima referidas, Mediante:

a) apresentação de todas as complementações e revisões exigidas na Informação nº 742/COLIC/CGGAM/11 e na Informação nº 780/COLIC/CGGAM/11;

b) análise e aprovação do Estudo do Componente Indígena e de todas as suas complementações e revisões, por meio de parecer técnico da Funai;

- c) apresentação à comunidade indígena, por meio adequado e em linguagem acessível, do Estudo do Componente Indígena e de todas as suas complementações e revisões, bem como do posicionamento da Funai;
- d) manifestação do povo Guarani Mbya, por meio de suas instâncias representativas, em especial a Comissão Nhemonguetá, observando-se o prazo necessário para a reunião das lideranças das diversas aldeias e debate sobre o tema;
- e) análise conclusiva da Funai, abordando, de forma específica e fundamentada, as questões levantadas pela comunidade indígena.

Em consequência da suspensão das licenças expedidas, deverá ser determinada também a paralisação de toda e qualquer obra no local dos empreendimentos.

Requer-se a cominação de multa diária para o caso de descumprimento da decisão liminar, conforme o prudente arbítrio de Vossa Excelência, em valor não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

A FUNAI e o IBAMA foram intimados a se manifestar sobre o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a teor do art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992.

O IBAMA apresentou manifestação sucinta no evento 7.

A FUNAI, por sua vez, apresentou manifestação prévia no evento 8 e nela alega, preliminarmente, inépcia da inicial por ausência da causa de pedir. Esclarece que a concessão da Licença Prévia nº 444/2012, expedida para o empreendimento 'terminal portuário', e a Licença de Instalação nº 652/2009, referente ao empreendimento 'Centro de Distribuição', ambos de titularidade da corré MAR AZUL. Indica que se trata de dois empreendimentos distintos, cada qual sujeito a um específico processo de licenciamento ambiental. Em vista do narrado, defende que não foi sequer narrado na petição inicial nenhum fato que impregne de nulidade o processo de licenciamento que resultou na Licença de Instalação nº 652/2009. Questiona qual seria o fato existente na causa de pedir a legitimar o pedido de suspensão/nulidade da licença nº 652/2009, se todos os eventos narrados na inicial lhe são posteriores, e dizem respeito a processo de licenciamento distinto, referente à LAP 444/2012.

Quanto à LAP nº 444/2012, defende a FUNAI ausência de situação de perigo ali narrada, pois a licença prévia não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação. Com efeito, indica que qualquer intervenção concreta apenas poderá ocorrer nas próximas fases de implementação do objeto, ou seja, após a aprovação da Licença de Instalação. Alega a ausência de verossimilhança e de prova inequívoca dos alegações do autor, a considerar que a prova documental apresentada pelo próprio Ministério Público contraria a perspectiva dos fatos defendida na petição inicial. Da mesma forma, embora o parquet defenda que não houve a participação dos indígenas na aceitação da versão final do estudo, os documentos por ele próprio juntados demonstram a assinatura dos caciques das terras indígenas afetadas, e do próprio representante da Comissão Nhemonguetá, concordando com aquele conteúdo. Defende a FUNAI que o MPF não demonstrar de plano que a prerrogativa de consulta dos povos indígenas tenha sido subtraída, na medida em que manifestaram expressa aquiescência com a versão final do estudo apresentado (em 30 de janeiro de 2012), previamente à emissão do parecer final pela FUNAI (em 14 de fevereiro de 2012), inclusive por meio de representante da Comissão Nhemonguetá.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, mostra-se imprescindível delimitar o objeto do pedido liminar.

Com efeito, assiste razão à FUNAI ao destacar a ausência de causa de pedir que fundamente o pedido de suspensão/nulidade da licença nº 652/2009, a considerar que os eventos narrados na inicial aludem ao processo de licenciamento distinto, referente à LAP 444/2012.

Dessa forma, quanto ao pedido relacionado à licença de instalação nº 652/2009, acolho a alegação de inépcia da inicial formulado pela FUNAI, conforme art. 295, parágrafo único, inc. I e II do CPC. Determino, portanto, nos termos do artigo 284 do CPC, que o autor a emende, querendo, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da inicial quanto a esse pedido.

Feitas essas considerações, passo à análise do pedido liminar no que diz à suspensão da LAP nº 444/2012.

A lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, dispõe em seu art. 12: poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

A questão principal apresentada refere-se à alegada inobservância das diversas normas constitucionais e leis de tutela aos interesses dos povos indígenas, tais como as descritas na presente ação, notadamente a Convenção 169 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 5051, de 19 de abril de 2004, e a Instrução Normativa nº 01/PRES, de 09 de janeiro de 2012, alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012, que estabelece as normas sobre a participação da FUNAI no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadoras de impactos ambientais e socioculturais que afetem terras e povos indígenas e ao manifesto desvio de finalidade que pautou a atuação da FUNAI na fase final do processo.

No regime geral das liminares exige-se o preenchimento simultâneo dos requisitos da 'fumus boni iuris' (plausibilidade do direito invocado ou verossimilhança das alegações) e 'periculum in mora' (receio pela demora ou dano irreparável ou de difícil reparação).

Não basta um ou outro; requer-se ambos os requisitos.

No caso, não existe a urgência liminar como se alega na inicial. Nesse enfoque, '[...] não há confundir pressa com urgência. Pressa todos os que litigam têm; urgência, porém, nem sempre se faz presente no caso concreto. A urgência exige um ingrediente a mais, ou seja, além da pressa, há imperiosa necessidade da decisão requerida ser suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação se não deferida' (TRF4, AG 2006.04.00.037786-9, Primeira Turma, Relator Wilson Darós, publicado em 09/01/2007).

Aliás, como bem lembrado pela doutrina, o chamado dano marginal, decorrente da mora natural do processo, não é hábil a justificar, por si só, a concessão da tutela, ainda que se trate de verba de caráter alimentar, idade avançada ou estado precário de saúde, já nenhuma delas, por si só, configura causa suficiente para configurar a situação excepcionalíssima exigida para a

concessão da tutela antecipada assecuratória (VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela antecipada na Seguridade Social. SP: LTr, 2003, p. 113-118).

No vertente caso, especificamente, não visualizo risco de dano as populações indígenas neste momento, visto que:

Primeiro, a licença prévia nº 444/2012 não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação. Logo, não há periculum in mora.

Segundo, também não foi indicado pelo MPF qual o dano concreto que sofreriam as comunidades indígenas pela concessão da LP nº 444/2012.

Terceiro, a licença em questão não goza de definitividade, visto que pode ser revista pelo órgão ambiental, Resolução Conama nº 237/97, art.19. Logo, também não há periculum in mora.

Quarto, as comunidades indígenas foram, aparentemente, representadas pelo órgão competente, nos termos da Lei nº 5.371/67, art. 1º, inc. I 'c' c/c parágrafo único e Portaria Interministerial nº 419/2011, art.1. Esse fato associado à presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos leva a manutenção do ato de licença prévia nº 444/2012. Não vejo, assim, a presença do *fumus boni iuris*.

Diante desse cenário, ausentes os requisitos autorizados do provimento em sede liminar, o indeferimento do pedido é medida que se impõe.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar formulado na inicial.

Nos termos do artigo 284 do CPC, assino ao autor o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, no prazo de 10 dias, emende à inicial, na forma da fundamentação, sob pena de indeferimento da inicial quanto aos pedidos relativos à licença de instalação nº 652/2009.

Intimem-se.

Citem-se.

O pedido de reconsideração foi igualmente indeferido, in verbis:

O Ministério Público Federal apresentou no evento 13 emenda à inicial, conforme oportunizado em decisão lançada no evento 14. Em sua peça, o autor procede a uma digressão histórica dos empreendimentos - Centro de Distribuição Mar Azul e o Terminal Marítimo Mar Azul. Informa que diante dos impactos ambientais e da 'dominialidade' dos bens impactados, ajuizou ação civil pública nº 2007.72.01.005185-6, na qual foi prolatada decisão que transferiu o licenciamento ambiental para o IBAMA e que mesmo perante este ente, o licenciamento foi mantido. Defende a relação de dependência entre o Centro de Distribuição e do Terminal Marítimo. Aduz que não obstante o licenciamento ter se dado em 2009, até o presente momento as obras não tiveram início.

O autor defende que o licenciamento ambiental promovido em 2009 desconsiderou a existência de comunidades indígenas e que a LI 652/2009, não fez constar qualquer condicionante envolvendo os programas de apoio ao componente indígena no local. Destaca que quanto à ausência de aquiescência da comunidade indígena, insiste o MPF que não foram

cumpridos os requisitos previstos na Instrução Normativa nº 01/2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e da Convenção OIT nº 169. Quanto a esse aspecto, reportamo-nos ao quanto já exposto na inicial.

Reitera o pedido de exame da tutela antecipada.

Requerer, liminarmente, caso seja mantida a decisão que indeferiu os pedidos de antecipação de tutela, a determinação ao IBMA que se abstenha de conceder novas licenças ao empreendimento como um todo (licença de operação do centro de distribuição de cargas e licença de instalação do terminal marítimo Mar Azul), sem que haja prova do atendimento dos requisitos previstos na Instrução Normativa nº 01/2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e na Convenção OIT nº 169, nos termos da fundamentação já constante da inicial.

Em face da fundamentação apresentada na petição de emenda à inicial, observo compatibilidade, nos termos do art. 292, § 1º, I, do CPC, entre os pedidos formulados em relação à Licença Prévia nº 444/2012, relativa ao Terminal Marítimo, e da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição.

Dessa forma, aceito a emenda à inicial apresentada pelo Ministério Público Federal no evento 13.

Quanto ao pedido liminar reiterado e ampliado, indefiro-o, mantendo a decisão liminar exarada no evento 10, por seus próprios e jurídicos fundamentos e, em relação à LI nº 652/2009, por não reconhecer o periculum in mora no caso, a considerar que a aludida licença fora expedida há quatro anos e até a presente data não foram iniciadas as obras no local.

Ciência aos réus da emenda apresentada no evento 13 e dos documentos apresentados no evento 15.

Concomitantemente, cumpram-se integralmente as determinações lançadas na decisão exarada no evento 10.

Mantenho a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Intimem-se.

Em um juízo de cognição sumária, não vislumbro o implemento dos pressupostos legais para a antecipação da tutela recursal.

Segundo consta nos autos, foi realizado o Estudo do Componente Indígena, com regular participação da FUNAI, entidade que representa os direitos dos indígenas. Em manifestação na ação originária, a entidade afirmou que a prerrogativa de consulta aos povos indígenas foi garantida, com aquiescência expressa à versão final do estudo apresentado (em 30 de janeiro de 2012), previamente à emissão do parecer final (em 14 de fevereiro de 2012), inclusive por meio de representante da Comissão Nhemonguetá.

Se é fato que essa participação foi apenas "aparente", como sustenta o agravante, ou, ainda, que a "declaração de ciência" das lideranças locais, obtida após a análise da FUNAI, não garantiu o efetivo conhecimento do estudo e das propostas pela comunidade atingida, tal alegação demanda dilação probatória, incompatível com essa estrita via recursal.

Além disso, não restou evidenciado o periculum in mora, tendo em vista que, desde 2009, o Centro de Distribuição - CD possui licença de instalação, não decorrendo da mera possibilidade de ser dada continuidade ao processo de licenciamento do Terminal Marítimo, a partir da Licença Prévia nº 444/2012, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, até porque a licença não é

definitiva e pode ser revista pelo órgão ambiental (Resolução Conama n.º 237/97, art. 19).

Outrossim, a assertiva de que já iniciaram as obras do CD não foi acompanhada de prova do impacto ambiental e sociocultural sobre as terras e os povos indígenas da região.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal. Intimem-se. Após, voltem conclusos para julgamento.

Porto Alegre, 17 de março de 2013.
Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora"

Assim, não vejo motivos para modificar o posicionamento adotado.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5007702-06.2013.404.0000

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
: RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
AGRAVADO : MAR AZUL LOGÍSTICA, ARMAZENAMENTO, TERMINAIS
E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : Rafael da Costa Dias
DATA DA DECISÃO : 13/08/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO AMBIENTAL. SILVÍCOLAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE.

O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

Na hipótese em questão não restou evidenciado o *periculum in mora*, tendo em vista que, pois tem a parte agravada licença para instalação de centro de distribuição portuária desde 2009, porque a licença prévia nº 444/2012 não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação e porque a assertiva de que já iniciaram as obras de tal centro não foi acompanhada de prova do impacto ambiental e sociocultural sobre as terras e os povos indígenas da região.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis -IBAMA, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a Mar Azul Logística, Armazenamento, Terminais e Transportes S.A., indeferiu o pedido de concessão de liminar, reiterado e ampliado, mantendo a decisão exarada no evento 10 dos autos originários, por seus próprios e jurídicos fundamentos, e, em relação à LI nº 652/2009, por não configurado *periculum in mora*, tendo em vista que a aludida licença fora expedida há quatro anos e até a presente data não foram iniciadas as obras no local.

Em suas razões recursais, o MPF reiterou as alegações de irregularidades no procedimento de licenciamento ambiental das obras do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição Mar Azul, as quais evidenciam risco de dano concreto às comunidades indígenas locais. Sustentou que, sendo mantida a decisão agravada, é necessário determinado ao IBAMA que se abstenha de conceder novas licenças ao empreendimento como um todo, sem a comprovação do atendimento aos requisitos previstos na Instrução Normativa n.º 01/2012 (alterada pela IN n.º 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e na Convenção OIT n.º 169. Nesses termos, requereu a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento.

O pedido de concessão de antecipação de tutela solicitado foi indeferido.

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Em sede de análise de pedido de liminar no agravo de instrumento, foi proferida decisão nos seguintes termos:

"Ao analisar o pedido reiterado de antecipação da tutela recursal, o juízo a quo indeferiu-o, com base nos seguintes fundamentos:

Quanto ao pedido liminar reiterado e ampliado, **indefiro-o**, mantendo a decisão liminar exarada no evento 10, por seus próprios e jurídicos fundamentos e, em relação à LI nº 652/2009, por não reconhecer o periculum in mora no caso, a considerar que a aludida licença fora expedida há quatro anos e até a presente data não foram iniciadas as obras no local.

Em que pesem as alegações do agravante, não vejo razões para modificar o entendimento acima adotado.

Por ocasião do julgamento do agravo de instrumento n.º 5003901-82.2013.404.0000, proferi decisão acerca da matéria, a qual reporto-me como razões de decidir:

A controvérsia sub judice cinge-se à regularidade do processo de licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição Mar Azul, em face da ausência de Estudo do Componente Indígena, com avaliação específica de eventuais impactos ambientais e socioculturais advindos da instalação e operação dos empreendimentos, e indicação de medidas de mitigação e/ou compensação pertinentes.

Ao analisar o pleito liminar, o juízo a quo indeferiu-o, com base nos seguintes fundamentos:

'Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra IBAMA, MAR AZUL LOGÍSTICA, ARMAZENAMENTO, TERMINAIS E TRANSPORTES S.A. e FUNAI, com a qual colima provimento jurisdicional que declare a nulidade da fase final do procedimento de acompanhamento e aprovação, pela FUNAI, do Estudo do Componente Indígena do licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e do Centro de Distribuição Mar Azul, assim como da Licença Prévia nº 444/2012, relativa ao Terminal Marítimo, e da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição.

Conforme narração dos fatos, a sociedade empresária Mar Azul Logística, Armazenamento, Terminais e Transportes S/A, subsidiária da Companhia de Navegação Norsul, foi constituída em meados do ano de 2005, com o objetivo de viabilizar a instalação e operação de um empreendimento portuário no Município de São Francisco do Sul, a ser utilizado, entre outras finalidades, para descarregamento de bobinas de aço destinadas à empresa Arcelormittal Vega do Sul.

Destaca o autor que em razão de dificuldades encontradas pelo empreendedor para o licenciamento ambiental, o empreendimento foi dividido em dois: o Centro de Distribuição de Cargas - CD Mar Azul e o Terminal Marítimo Mar Azul. A empresa alega que existe interesse na construção do CD independentemente do terminal portuário. O local proposto para construção do Terminal Marítimo compreende uma área de 60.603 m², nas proximidades da rodovia BR-280, na altura do Km 8, margeando a baía da Babitonga. Além de terreno alodial, o imóvel abrange cessão de 34.672 m², compreendendo manguezal litorâneo, totalizando aproximadamente 95.275m.

O autor indica que a existência de terras indígenas no entorno do empreendimento foi prevista no EIA/RIMA.

Informa que diante da necessidade de um acompanhamento mais aprofundado da questão envolvendo o componente indígena do processo de licenciamento ambiental do Terminal Marítimo Mar Azul e Centro de Distribuição de Cargas Mar Azul, foi instaurado o inquérito civil nº 1.33.005.000441/2012-15.

Defende que o componente indígena não foi realizado de forma a atender as formalidades jurídicas, na medida em que comunidade indígena da aldeia Morro Alto, maior interessada, não teve amplo e adequado acesso aos resultados conclusivos dos estudos, nem ao Plano Básico Ambiental, nem foi oportunizada a manifestação a respeito, o que acarreta a nulidade da licença expedida.

Registra que outras irregularidades relativas à expedição da Licença Prévia nº 444/2012, referente ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul, serão discutidas em autos próprios, na medida em que também não foram observadas, no processo de licenciamento, as disposições referentes às áreas de preservação permanente, proteção de espécies ameaçadas de extinção.

Aponta o Ministério Público Federal máculas no procedimento da FUNAI na etapa final de acompanhamento, consubstanciadas na inobservância do disposto na IN nº 01/PRES de 09 de janeiro de 2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e da Convenção nº 169 da OIT, pois o procedimento adotado pelo empreendedor e pela FUNAI não observou os direitos do povo Guarani, garantidos em diversos níveis de nosso ordenamento jurídico, além de ter sido marcado por manifesto desvio de finalidade, na medida em que a Fundação atuou com propósito de facilitar o licenciamento do empreendimento, sem atenção aos interesses da comunidade indígena.

Defende, portanto, que está eivado de nulidade o processo, a anuência da FUNAI e a própria licença prévia concedida ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul. O mesmo vale para as licenças de instalação do suposto empreendimento independente Centro de Distribuição Mar Azul, em relação ao qual não fora exigido em tempo o ECI, mas que foi abarcado nos trabalhos realizados com vistas ao licenciamento do porto. Aliás, para o CD, sequer se exigiu LP, tendo sido emitida diretamente uma Licença de Instalação.

O autor formula, em sede liminar, os seguintes pedidos:

(...) a concessão da antecipação da tutela, a fim de que seja suspensa a validade da Licença Prévia nº 444/2012, referente ao empreendimento Terminal Marítimo Mar Azul, bem como da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição Mar Azul, até que sejam sanadas as irregularidades acima referidas, Mediante:

- a) apresentação de todas as complementações e revisões exigidas na Informação nº 742/COLIC/CGGAM/11 e na Informação nº 780/COLIC/CGGAM/11;
- b) análise e aprovação do Estudo do Componente Indígena e de todas as suas complementações e revisões, por meio de parecer técnico da Funai;
- c) apresentação à comunidade indígena, por meio adequado e em linguagem acessível, do Estudo do Componente Indígena e de todas as suas complementações e revisões, bem como do posicionamento da Funai;
- d) manifestação do povo Guarani Mbya, por meio de suas instâncias representativas, em especial a Comissão Nhemonguetá, observando-se o prazo necessário para a reunião das lideranças das diversas aldeias e debate sobre o tema;

e) análise conclusiva da Funai, abordando, de forma específica e fundamentada, as questões levantadas pela comunidade indígena.

Em consequência da suspensão das licenças expedidas, deverá ser determinada também a paralisação de toda e qualquer obra no local dos empreendimentos.

Requer-se a cominação de multa diária para o caso de descumprimento da decisão liminar, conforme o prudente arbítrio de Vossa Excelência, em valor não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

A FUNAI e o IBAMA foram intimados a se manifestar sobre o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a teor do art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992.

O IBAMA apresentou manifestação sucinta no evento 7.

A FUNAI, por sua vez, apresentou manifestação prévia no evento 8 e nela alega, preliminarmente, inépcia da inicial por ausência da causa de pedir. Esclarece que a concessão da Licença Prévia nº 444/2012, expedida para o empreendimento 'terminal portuário', e a Licença de Instalação nº 652/2009, referente ao empreendimento 'Centro de Distribuição', ambos de titularidade da corré MAR AZUL. Indica que se trata de dois empreendimentos distintos, cada qual sujeito a um específico processo de licenciamento ambiental. Em vista do narrado, defende que não foi sequer narrado na petição inicial nenhum fato que impregne de nulidade o processo de licenciamento que resultou na Licença de Instalação nº 652/2009. Questiona qual seria o fato existente na causa de pedir a legitimar o pedido de suspensão/nulidade da licença nº 652/2009, se todos os eventos narrados na inicial lhe são posteriores, e dizem respeito a processo de licenciamento distinto, referente à LAP 444/2012.

Quanto à LAP nº 444/2012, defende a FUNAI ausência de situação de perigo ali narrada, pois a licença prévia não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação. Com efeito, indica que qualquer intervenção concreta apenas poderá ocorrer nas próximas fases de implementação do objeto, ou seja, após a aprovação da Licença de Instalação. Alega a ausência de verossimilhança e de prova inequívoca dos alegações do autor, a considerar que a prova documental apresentada pelo próprio Ministério Público contraria a perspectiva dos fatos defendida na petição inicial. Da mesma forma, embora o parquet defenda que não houve a participação dos indígenas na aceitação da versão final do estudo, os documentos por ele próprio juntados demonstram a assinatura dos caciques das terras indígenas afetadas, e do próprio representante da Comissão Nhemonguetá, concordando com aquele conteúdo. Defende a FUNAI que o MPF não demonstrar de plano que a prerrogativa de consulta dos povos indígenas tenha sido subtraída, na medida em que manifestaram expressa aquiescência com a versão final do estudo apresentado (em 30 de janeiro de 2012), previamente à emissão do parecer final pela FUNAI (em 14 de fevereiro de 2012), inclusive por meio de representante da Comissão Nhemonguetá.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, mostra-se imprescindível delimitar o objeto do pedido liminar. Com efeito, assiste razão à FUNAI ao destacar a ausência de causa de pedir que fundamente o pedido de suspensão/nulidade da licença nº 652/2009, a considerar que os eventos narrados na inicial aludem ao processo de licenciamento distinto, referente à LAP 444/2012.

Dessa forma, quanto ao pedido relacionado à licença de instalação nº 652/2009, acolho a alegação de inépcia da inicial formulado pela FUNAI, conforme art. 295, parágrafo único, inc. I e II do CPC. Determino, portanto, nos termos do artigo 284 do CPC, que o autor a emende, querendo, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da inicial quanto a esse pedido.

Feitas essas considerações, passo à análise do pedido liminar no que diz à suspensão da LAP nº 444/2012.

A lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, dispõe em seu art. 12: poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

A questão principal apresentada refere-se à alegada inobservância das diversas normas constitucionais e leis de tutela aos interesses dos povos indígenas, tais como as descritas na presente ação, notadamente a Convenção 169 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 5051, de 19 de abril de 2004, e a Instrução Normativa nº 01/PRES, de 09 de janeiro de 2012, alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012, que estabelece as normas sobre a participação da FUNAI no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadoras de impactos ambientais e socioculturais que afetem terras e povos indígenas e ao manifesto desvio de finalidade que pautou a atuação da FUNAI na fase final do processo.

No regime geral das liminares exige-se o preenchimento simultâneo dos requisitos da 'fumus boni iuris' (plausibilidade do direito invocado ou verossimilhança das alegações) e 'periculum in mora' (receio pela demora ou dano irreparável ou de difícil reparação).

Não basta um ou outro; requer-se ambos os requisitos.

No caso, não existe a urgência liminar como se alega na inicial. Nesse enfoque, '[...] não há confundir pressa com urgência. Pressa todos os que litigam têm; urgência, porém, nem sempre se faz presente no caso concreto. A urgência exige um ingrediente a mais, ou seja, além da pressa, há imperiosa necessidade da decisão requerida ser suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação se não deferida' (TRF4, AG 2006.04.00.037786-9, Primeira Turma, Relator Wilson Darós, publicado em 09/01/2007).

Aliás, como bem lembrado pela doutrina, o chamado dano marginal, decorrente da mora natural do processo, não é hábil a justificar, por si só, a concessão da tutela, ainda que se trate de verba de caráter alimentar, idade avançada ou estado precário de saúde, já nenhuma delas, por si só, configura causa suficiente para configurar a situação excepcionalíssima exigida para a concessão da tutela antecipada assecuratória (VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela antecipada na Seguridade Social. SP: LTr, 2003, p. 113-118).

No vertente caso, especificamente, não visualizo risco de dano as populações indígenas neste momento, visto que:

Primeiro, a licença prévia nº 444/2012 não autoriza o início das obras do terminal ou a supressão de vegetação. Logo, não há periculum in mora.

Segundo, também não foi indicado pelo MPF qual o dano concreto que sofreriam as comunidades indígenas pela concessão da LP nº 444/2012.

Terceiro, a licença em questão não goza de definitividade, visto que pode ser revista pelo órgão ambiental, Resolução Conama nº 237/97, art.19. Logo, também não há periculum in mora.

Quarto, as comunidades indígenas foram, aparentemente, representadas pelo órgão competente, nos termos da Lei nº 5.371/67, art. 1º, inc. I 'c' c/c parágrafo único e Portaria Interministerial nº 419/2011, art.1. Esse fato associado à presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos leva a manutenção do ato de licença prévia nº 444/2012. Não vejo, assim, a presença do fumus boni iuris.

Diante desse cenário, ausentes os requisitos autorizados do provimento em sede liminar, o indeferimento do pedido é medida que se impõe.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar formulado na inicial.

Nos termos do artigo 284 do CPC, assino ao autor o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, no prazo de 10 dias, emende à inicial, na forma da fundamentação, sob pena de indeferimento da inicial quanto aos pedidos relativos à licença de instalação nº 652/2009.

Intimem-se.

Citem-se.'

O pedido de reconsideração foi igualmente indeferido, in verbis:

'O Ministério Público Federal apresentou no evento 13 emenda à inicial, conforme oportunizado em decisão lançada no evento 14. Em sua peça, o autor procede a uma digressão histórica dos empreendimentos - Centro de Distribuição Mar Azul e o Terminal Marítimo Mar Azul. Informa que diante dos impactos ambientais e da 'dominialidade' dos bens impactados, ajuizou ação civil pública nº 2007.72.01.005185-6, na qual foi prolatada decisão que transferiu o licenciamento ambiental para o IBAMA e que mesmo perante este ente, o licenciamento foi mantido. Defende a relação de dependência entre o Centro de Distribuição e do Terminal Marítimo. Aduz que não obstante o licenciamento ter se dado em 2009, até o presente momento as obras não tiveram início.

O autor defende que o licenciamento ambiental promovido em 2009 desconsiderou a existência de comunidades indígenas e que a LI 652/2009, não fez constar qualquer condicionante envolvendo os programas de apoio ao componente indígena no local. Destaca que quanto à ausência de aquiescência da comunidade indígena, insiste o MPF que não foram cumpridos os requisitos previstos na Instrução Normativa nº 01/2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e da Convenção OIT nº 169. Quanto a esse aspecto, reportamo-nos ao quanto já exposto na inicial.

Reitera o pedido de exame da tutela antecipada.

Requerer, liminarmente, caso seja mantida a decisão que indeferiu os pedidos de antecipação de tutela, a determinação ao IBMA que se abstenha de conceder novas licenças ao empreendimento como um todo (licença de operação do centro de distribuição de cargas e licença de instalação do terminal marítimo Mar Azul), sem que haja prova do atendimento dos requisitos previstos na Instrução Normativa nº 01/2012 (alterada pela IN Nº 04/PRES, de 19 de abril de 2012) e na Convenção OIT nº 169, nos termos da fundamentação já constante da inicial.

Em face da fundamentação apresentada na petição de emenda à inicial, observo compatibilidade, nos termos do art. 292, § 1º, I, do CPC, entre os pedidos formulados em relação à Licença Prévia nº 444/2012, relativa ao Terminal Marítimo, e da Licença de Instalação nº 652/2009, relativa ao Centro de Distribuição.

Dessa forma, aceito a emenda à inicial apresentada pelo Ministério Público Federal no evento 13.

Quanto ao pedido liminar reiterado e ampliado, indefiro-o, mantendo a decisão liminar exarada no evento 10, por seus próprios e jurídicos fundamentos e, em relação à LI nº 652/2009, por não reconhecer o periculum in mora no caso, a considerar que a aludida licença fora expedida há quatro anos e até a presente data não foram iniciadas as obras no local.

Ciência aos réus da emenda apresentada no evento 13 e dos documentos apresentados no evento 15.

Concomitantemente, cumpram-se integralmente as determinações lançadas na decisão exarada no evento 10.

Mantenho a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Intimem-se.'

Em um juízo de cognição sumária, não vislumbro o implemento dos pressupostos legais para a antecipação da tutela recursal.

Segundo consta nos autos, foi realizado o Estudo do Componente Indígena, com regular participação da FUNAI, entidade que representa os direitos dos indígenas. Em manifestação na ação originária, a entidade afirmou que a prerrogativa de consulta aos povos indígenas foi garantida, com aquiescência expressa à versão final do estudo apresentado (em 30 de janeiro de 2012), previamente à emissão do parecer final (em 14 de fevereiro de 2012), inclusive por meio de representante da Comissão Nhemonguetá.

Se é fato que essa participação foi apenas 'aparente', como sustenta o agravante, ou, ainda, que a 'declaração de ciência' das lideranças locais, obtida após a análise da FUNAI, não garantiu o efetivo conhecimento do estudo e das propostas pela comunidade atingida, tal alegação demanda dilação probatória, incompatível com essa estrita via recursal.

Além disso, não restou evidenciado o periculum in mora, tendo em vista que, desde 2009, o Centro de Distribuição - CD possui licença de instalação, não decorrendo da mera possibilidade de ser dada continuidade ao processo de licenciamento do Terminal Marítimo, a partir da Licença Prévia nº 444/2012, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, até porque a licença não é definitiva e pode ser revista pelo órgão ambiental (Resolução Conama n.º 237/97, art. 19).

Outrossim, a assertiva de que já iniciaram as obras do CD não foi acompanhada de prova do impacto ambiental e sociocultural sobre as terras e os povos indígenas da região.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Assim, não restando demonstrada alteração na situação fática que justifique a reconsideração do pronunciamento deste juízo, mantenho-o integralmente.

A questão relativa a não concessão de novas licenças ao empreendimento não foi objeto da decisão agravada, o que afasta a possibilidade de sua análise neste momento, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intimem-se. Após, voltem conclusos para julgamento."

Nesse diapasão, não vejo motivos para alterar o posicionamento adotado e nego provimento ao agravo de instrumento.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008952-06.2015.4.04.0000

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
AGRAVANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
AGRAVADO : IRINEU RODRIGUES
: FLORINDA TIMOTEO

ADVOGADO : Roberta De Rosis

INTERESSADO : ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA - APPA

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO : SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDENCIA DA REPUBLICA

DATA DA DECISÃO 18/06/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSULTA PÚBLICA.

A suspensão da consulta pública pode gerar um prejuízo à participação popular, pois o decreto poderá ser publicado, sem a oitiva da população, não respaldada o pleito recursal. Apesar de não haver na Lei nº 12.815/13 previsão expressa da necessidade de realização de consulta pública é certo que quaisquer medidas com forte impacto estrutural sobre a vida dos cidadãos e relações econômicas de determinada região podem e devem possibilitar consultas prévias.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação popular, deferiu pedido de antecipação de tutela, para *suspender os efeitos da consulta pública iniciada pela Secretaria de Portos da Presidência da República que tem por objeto a revisão das poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, até o julgamento final da ação.*

Em suas razões, a agravante alegou que *a consulta pública seguiu os ditames legais, e que eventuais falhas foram posteriormente sanadas, tendo sido reaberto prazo para os interessados apresentarem suas contribuições.* Sustentou que *a suspensão da presente consulta pode gerar um prejuízo a participação popular, almejada pelo Poder Público, na definição das poligonais dos Portos de Paranaguá e Antonina, vez que o decreto pode ser publicado, sem a oitiva da população* (fl. 3 do recurso). Nesses termos, requereu a antecipação de tutela e, ao final, o provimento do recurso.

No evento 7 (DEC1), foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal. Intimada a parte adversa, apresentou contrarrazões em evento 16 (CONTRAZ1). Intimado o MPF para apresentar parecer, opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Por ocasião de análise do pedido de efeito suspensivo, foi prolatada decisão nos seguintes termos:

"É o breve relatório. Decido.

A decisão agravada (evento 03 dos autos originários) foi proferida nos seguintes termos:

DESPACHO/DECISÃO

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Popular com pedido de antecipação dos efeitos da tutela movida por IRINEU RODRIGUES e FLORINDA TIMÓTEO, respectivamente Cacique e Vice Cacique da Etnia Guarani Mbya, em face da União e Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA, visando ao reconhecimento da invalidade e ineficácia, para todos os fins, da consulta pública iniciada pela Secretaria de Portos da Presidência da República que tem por objeto a revisão das poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, assegurando-se que eventuais modificações na demarcação apenas ocorra após realização do devido processo de consulta às populações afetadas com reunião para apresentação das explicações necessárias de forma compreensível às comunidades indígenas afetadas, assegurada a presença da FUNAI.

Requer sejam antecipados os efeitos da tutela determinando-se a suspensão, em todos os seus efeitos, da consulta pública iniciada pela Secretaria de Portos da Presidência da República que tem por objeto a revisão das poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, até o julgamento final da ação.

Narram os autores que no dia 19/12/2014 a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) publicou em seu sítio eletrônico notícia de que teria dado início a uma consulta pública, por meio da qual apresenta uma proposta de novas poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá em Antonina, cujos efeitos são bastante significativos. Apesar da relevância da questão em voga, não foi publicado edital formal de início da consulta pública, havendo apenas notícia de que o prazo final para envio de contribuições seria 05.02.2015. O desenho da nova poligonal proposto pela SEP não vem acompanhado de qualquer justificativa técnica, econômica, ambiental ou jurídica que o embase, impossibilitando a manifestação dos interessados. Solicitados tais dados à SEP, não se obteve resposta.

Deduzem sua pretensão, em síntese, de acordo com os seguintes fundamentos: a) é inválida a consulta pública em face do não fornecimento de informações e documentos fundamentais ao conhecimento da proposta (artigo 5º, XXXV e artigo 37, ambos da CF); b) o acesso às informações

pertinentes é direito resguardado tanto pela lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) quanto pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e pelo Decreto 8.243/2014 (Política Nacional de Participação Social); c) as áreas correspondentes às Terras Indígenas Sambaqui e Ilha da Cotinga serão excluídos da poligonal de acordo com a proposta; d) a atual inserção na área do porto organizado assegura-lhes tratamento diferenciado enquanto áreas prioritárias de conservação, assim consideradas pelo instrumentos de planejamento do porto (PDZ e Plano Mestre); e) a Convenção 169 da OIT, incorporada pelo Decreto Legislativo nº 143 de 20.06.2002 e Decreto 5051/2004 prevê expressamente a necessidade de consulta aos povos interessados sempre que previstas medidas suscetíveis de afetá-los diretamente; f) previsão similar é encontrada no Decreto nº 7.747/2012.

No evento 8 dos autos 5000188-56.2015.404.7008 sobreveio informação de que a Secretaria Especial de Portos disponibilizou em seu endereço eletrônico o processo que teria embasado a revisão da área correspondente ao porto organizado, bem como, de que teria elástico o prazo para envio de informações.

FUNDAMENTAÇÃO

A análise antecipada do mérito se alinha, há mais de uma década, com a necessidade do Poder Judiciário buscar realizar os escopos do processo e a sua própria instrumentalidade. Impõe-se ao juiz presidir a jurisdição com vista a uma função jurídica, reafirmando a validade sistêmica do ordenamento jurídico; política, reforçando pela coercitividade a presença soberana do Estado em situações conflituosas; e, social, atendendo à pacificação social pela justa solução das lides.

Diante deste contexto, o que se espera do Poder Judiciário é atuação desde logo, sem que se ofendam os princípios constitucionais, mas de modo mais ativo, na busca da solução quando entender, em princípio, evidente, e não cabendo esperar que esta decorra do decurso do tempo (na máxima "o tempo dirá quem tem razão"). A antecipação da tutela se pauta em medidas com nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Sua função é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva (e não eficaz como a tutela cautelar), por isso, trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado principaliter.

Sua concessão pressupõe os seguintes requisitos: i) a probabilidade do direito - a veemente aparência do bom direito - embora a lei fale em verossimilhança, isto é, a exigência de prova inequívoca que significa não bastar a mera aparência e sim a exigência de uma verossimilhança, portanto, além do simples *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar; e ii) *periculum in mora*.

Quanto à urgência da medida, encerrando-se inicialmente no dia 05 de fevereiro o prazo da consulta pública promovida pela Secretaria Especial de Portos, a proposta contendo nova delimitação do polígono de porto organizado poderia ser, a qualquer momento, remetida à Presidência da República para que a estabelecesse em definitivo, nos termos do artigo 15 da Lei 12.815 de 2013. O elástico do prazo

para envio de contribuições, contudo, não afasta o perigo de irreversibilidade da delimitação da área sem que se tenha procedido prévia e adequada consulta aos interessados, como se passará a expor.

Cumprido destacar, inicialmente que **o teor da proposta submetida à consulta pública não está abrangido pelo objeto de discussão da presente demanda. Busca a parte autora a suspensão do prazo final estabelecido pela consulta pública promovida pela SEP, eis que seu início não teria sido formalizado ou publicizado por instrumento oficial e que não se teria oportunizado acesso aos documentos técnicos que embasaram a proposta apresentada pela SEP.**

O novo regime portuário estabelecido pela Medida Provisória 595/2012, convertida na Lei 12.815/2013, dentre diversas alterações promovidas no sentido de (re)centralizar na União, através da Secretaria Especial de Portos e da ANTAQ, as principais atribuições alusivas às operações portuárias, trouxe previsão de alteração do regime de exploração das áreas contíguas ao porto e nele situadas a partir da delimitação da área do porto organizado.

Nos termos do artigo 2º, I, do diploma referido, porto organizado é "bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária".

As formas de operação/exploração portuárias sob os regimes de concessão, delegação, arrendamento ou autorização (incisos IX a XII do artigo 2º da Lei 12.815/13) são conceituadas sob a dependência de estarem ou não situadas na área do porto organizado, assegurando-se a continuidade de operações de instalações situadas dentro da área do porto organizado.

A área do porto organizado, cuja proposta de delimitação teria sido submetida à consulta pública pela SEP, deve ser definida por ato da Presidência da República, consoante dispõe o artigo 15 da Lei dos Portos, que fixou prazo de um ano para adequação das áreas que não atendam àquele dispositivo:

Art. 15. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República.

Parágrafo único. A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escaladas operações e as instalações portuárias já existentes.

A definição da área do porto organizado, que deve observar requisitos traçados no parágrafo único, tem evidente impacto nas atividades desenvolvidas na área do Porto e em seu entorno.

Sob o aspecto econômico, é certo que **a alteração dos limites da poligonal acarreta alterações substanciais no regime de exploração a que estão submetidos os particulares, que, por sua vez, empregam parte considerável dos trabalhadores e moradores da região circundante da área portuária. Ademais, para além dos efeitos econômicos, sociais e**

ambientais verificados sobre os habitantes da região, a proposta de poligonal impacta considerável área habitada por comunidades indígenas (cujo direito de participação na definição de políticas que lhes digam respeito é expressamente assegurado pela Convenção 169 da OIT). Por certo que substancialmente, ainda que não formalmente, a delimitação da poligonal tem nítido caráter regulatório.

A inegável repercussão das alterações promovidas pela proposta da nova poligonal, dada a indissociabilidade dos fatores destacados, foi percebida pela própria Secretaria Especial de Portos, que teria deflagrado, ainda que sob forma de duvidosa licitude, procedimento de consulta pública.

Apesar de não haver na Lei 12.815/13 previsão expressa da necessidade de realização de consulta pública, é certo que quaisquer medidas com forte impacto estrutural sobre a vida dos cidadãos e relações econômicas de determinada região podem e devem possibilitar consultas prévias. Trata-se, sem dúvidas, de medida legítima e que guarda consonância com tendência dialógica presente em todo o ordenamento jurídico.

Isso porque a eleição democrática dos administradores e gestores não importa necessária concordância com todos e quaisquer atos da administração pública. O poder de que dispõe o gestor/administrador tem por fundamento último (seja pelo escopo de atuação, seja por imprimir-lhe legitimidade) o próprio poder do povo. **As consultas sobre atos ou empreendimentos que possam vir a afetar de forma significativa determinada comunidade, dessa forma, podem e devem ser realizadas tanto para (con)formação da atuação pública quanto para ratificá-la.**

Ainda que não seja tomada como vinculante, a discussão ampla e que possibilita a colaboração efetiva e informada de todos os potencialmente afetados por determinada decisão amplia a gama cognoscível de fatores e argumentos não considerados pelo Poder Público na formação de sua vontade, além de emprestar maior legitimidade à atuação estatal.

As consultas públicas exprimem o exercício direto pelo povo do poder soberano que lhes é ínsito, conferem maior legitimidade aos atos da administração pública, inserem aqueles que serão afetados nos processos de discussão e decisão de modo que as decisões da administração sejam não só mais legítimas, mas também melhores, já que devem incorporar os diferentes pontos de vista dos cidadãos afetados, nem sempre conhecidos ou alcançáveis pela administração sem prévia consulta.

Filio-me neste sentido às críticas promovidas pela noção de democracia radical e agonística de Chantal Mouffe, na necessidade de se abandonar por vez a ilusão de uma "boa sociedade" pacificada e harmoniosa que supera divergências por um consenso imposto por valores comuns. Acredito que a sociedade não pode se sustentar na matriz racional, individual e universalista que posta à penúmbra as paixões do campo da política, a natureza do político e a inerradicabilidade do antagonismo e das manifestações de poder. Deve-se, e o Estado assume papel fundamental, manifestar uma sociedade em que a esfera pública seja formada por visões conflitantes capazes de se expressar e permitir a escolha entre projetos alternativos legítimos (The Democratic Paradox, 2000 e Hegemony and Socialist Strategy, 1985).

Nesse sentido, creio que a consulta pública alçada ao plano da normatividade no ano passado aproxima-se desta visão de um concepção radical da

democracia, em que nenhum ator social pode atribuir a si mesmo a representação da totalidade, alegando o domínio deste fundamento. O poder não pode ser uma relação externa entre identidades pré-constituídas, mas antes o constituintes de identidades. A consulta pública desuniversaliza os sujeitos políticos, rompe com essencialismos, dando vazão à heterogeneidade e ao político, com toda a sua marca de desentendimentos nas relações sociais, permitindo a transformação da democracia de antagonismos entre inimigos para a noção democrática de agonismos entre adversários.

Ao ouvir os anseios dos diversos setores envolvidos, como in casu empresariais, indígenas, sociais etc., a consulta pública permite que se compartilhe anseios e a adesão aos princípios ético-políticos da democracia, não apenas deliberativa e baseada num "campo neutro do jogo de interesses" (eis porque não pode, naturalmente, ser apenas pro forma), mas gravada por um pluralismo em que os atores realmente interferem na construção de identidades coletivas operadas pelo Poder Público, manifestando suas dissidências, suas plurais cidadanias, e permitindo a conversão por um consenso conflitual. Eis ao meu ver, o que se deve entender por exercício da democracia propiciado por uma verdadeira consulta pública.

O reconhecimento da necessidade de realização de consulta pública pela própria SEP é evidenciado pela publicação de notícia, em seu endereço eletrônico. O lançamento da consulta pública foi feito no dia 19/12/2014, pelo prazo de quarenta e cinco dias (Processo 5000188-56.2015.404.7008/PR, Evento 1, ATA8, Página 3).

Ocorre que, do que consta dos autos, a deflagração de consulta pública não foi formalizada por instrumento próprio ou publicada em qualquer veículo oficial de comunicação, não tendo sido, portanto, levada a conhecimento dos interessados.

Em que pese instrumental sob o prisma do direito privado, a forma perfaz elemento constitutivo do ato administrativo. Salienta Carvalho Filho que "diversamente do que se passa no direito privado, onde vigora o princípio da liberdade das formas, no direito público a regra é a solenidade das formas". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014).

Nesse sentido, **procedimentos de consulta pública deflagrados pela Administração devem observância ao regramento conferido pelo artigo 31, §1º da Lei 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo) e pelo Decreto 8.243/2014 (Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS):**

Lei 9.784/1999:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver **assunto de interesse geral**, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de **consulta pública** para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º **A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.**

Decreto 8.243/2014

Art. 17. As **consultas públicas devem observar**, no mínimo, as seguintes diretrizes:

- I - **divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seu objeto, metodologia e o momento de realização;**
- II - **disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver;**
- III - utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação;
- IV - sistematização das contribuições recebidas;
- V - publicidade de seus resultados; e
- VI - compromisso de resposta às propostas recebidas.

Vislumbra-se, por conseguinte, **estar o procedimento maculado desde seu nascedouro, eis que não veiculado por instrumento adequado (formal, escrito) e não publicizado (o que impossibilita a concretização do próprio objeto da consulta pública). A necessidade de divulgação da realização de consulta adquire especial relevo se tido em conta que o período em que realizada a consulta coincide parcialmente com a época do ano em que diversos interessados gozam férias coletivas, recessos e feriados prolongados.**

Ademais, destaca-se a argumentação trazida no parecer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro de que, **além de vício formal, a consulta padece de vício substancial, eis que a proposta da poligonal vai de encontro às disposições do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado, além de não observar o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado e o Plano Master** (quando ambos instrumentos de planejamento formulados com efetiva participação da comunidade portuária).

Para além da não veiculação oficial e publicização adequada da consulta pública promovida, o que viola de forma direta os artigos 5º, XXXV e 37, caput, ambos da Constituição Federal, narrou o autor inicialmente não terem sido atendidos pedidos formulados pelos interessados pela disponibilização dos estudos e documentos que embasaram a proposta sob análise. A disponibilização das informações requeridas, por sua vez, é respaldada tanto pela Lei 9.784/99 (notadamente artigos 3º, II e 46) quanto pela Lei 12.527/11.

Tanto quanto em ações análogas manejadas perante este Juízo (mencionam-se as ações 5000220-61.2015.404.7008, 5000188-56.2015.404.7008, 5000197-11.2015.404.7008), interessados na demarcação da poligonal **teriam solicitado à Secretaria Especial de Portos, sem resposta, acesso a documentos e estudos técnicos que teriam embasado a proposta apresentada.**

Consoante informação superveniente trazida nos autos 5000188-56.2015.404.7008, a Secretaria teria disponibilizado em seu endereço eletrônico documentos digitalizados que compõem o processo de nº 00045.000249/2015-93 que trata da revisão das poligonais de ambos os portos, além de ter prorrogado até 06 de abril de 2015 o prazo de consulta e designado, para 25 de março de 2015, audiência pública.

Em que pese o suposto atendimento ao quanto buscado na presente demanda, **a prorrogação do prazo não é apta a sanar a nulidade que macula o procedimento de consulta.**

Registra-se, em particular, **que o processo administrativo que supostamente embasou os estudos para conformação da poligonal é datado de 22/01/2015. Trata-se de processo instaurado posteriormente à abertura do procedimento de consulta, e que apenas foi disponibilizado junto ao endereço eletrônico da Secretaria no dia 03/02/2014, o que denota claro intuito de se conferir aparente regularidade e legitimidade à decisão política já tomada pela Administração quanto aos limites da poligonal, situação incompatível com o Estado Democrático de Direito e, em especial, com a postura esperada do próprio Estado, na linha de Mouffe acima mencionada.**

Anota-se, nesse sentido, **já haver informação da APPA sobre eventuais investidores privados interessados** (eventualmente beneficiários sem certame, ao que parece), bem como, **anotação de que a atualização das poligonais dos portos possibilitariam o aperfeiçoamento do regime de investimentos públicos e privados** (conforme fls. 11 e 12 do Procedimento Administrativo).

Assim, **não se vislumbrando qualquer razão de ordem pública que justificasse sigilo quanto a estudos e documentos informadores**, verifica-se que **os documentos não haviam sido disponibilizados porque sequer havia, junto à SEP, processo administrativo formalizado apto justificar os limites da poligonal.** Trata-se, outrossim, e sem adentrar o mérito da conformação da proposta do polígono do porto organizado, de processo embasado em pareceres e procedimentos levados a efeito junto a APPA desacompanhados de estudos técnicos pormenorizados.

De qualquer sorte, é certo que **a liberação de acesso superveniente ao processo administrativo, assim como a prorrogação do prazo aberto para consulta, não descaracteriza a nulidade do procedimento de consulta que não foi devidamente formalizado e publicizado em seu início impossibilitando a efetiva e consistente participação dos potencialmente afetados.**

DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, defiro a antecipação de tutela pretendida para determinar à ré que suspenda, em todos os seus efeitos, a consulta pública iniciada pela Secretaria de Portos da Presidência da República que tem por objeto a revisão das poligonais dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, até o julgamento final da ação.

Intime-se a ré com urgência pelo meio mais expedito do teor dessa decisão.

Intime-se a parte autora.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo recursal, cite-se a União para apresentar contestação no prazo legal.

Suscitadas preliminares, intime-se a parte autora para réplica.

Nos autos do agravo de instrumento n.º 5006911-66.2015.404.0000/PR, manejado pela União contra decisão idêntica proferida em ação popular movida pela Associação Comercial, Industrial e Agrícola de Paranaguá - ACIAP, proferi decisão cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

Em que pesem ponderáveis os argumentos deduzidos pela agravante, não há, nos autos, razões que autorizem a modificação da decisão agravada, a ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. O juízo de origem está próximo das partes e sua apreciação dos fatos da causa deve ser prestigiada, porquanto não configurada situação que justifique alteração do que foi decidido.

Além disso, a alegação de que a suspensão da consulta pública pode gerar um prejuízo à participação popular na definição das poligonais dos Portos de Paranaguá e Antonina, porque o decreto poderá ser publicado, sem a oitiva da população, não respalda o pleito recursal. Tal procedimento, se adotado, iria de encontro ao reconhecimento pela própria Administração de que a consulta popular é necessária e configuraria indevida tentativa de contornar a decisão hostilizada. Como bem ressaltado pelo juízo a quo, Apesar de não haver na Lei 12.815/13 previsão expressa da necessidade de realização de consulta pública, é certo que quaisquer medidas com forte impacto estrutural sobre a vida dos cidadãos e relações econômicas de determinada região podem e devem possibilitar consultas prévias.

De qualquer sorte, não há como autorizar - pelo menos em juízo de cognição sumária - o prosseguimento de uma consulta popular sobre o qual pairam dúvidas quanto a sua regularidade, porquanto (1) não foi veiculada por instrumento adequado (formal, escrito), (2) não lhe foi dada ampla publicidade (o que impossibilita a concretização do próprio objeto da consulta pública) (arts. 5º, inciso XXXV, e 37, caput, da CF), (3) contraria as disposições do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado, além de não observar o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado e o Plano Master (quando ambos instrumentos de planejamento formulados com efetiva participação da comunidade portuária) e (4) não foram atendidos pedidos formulados pelos interessados pela disponibilização dos estudos e documentos que embasaram a proposta sob análise (Lei n.º 9.784/99 (notadamente artigos 3º, II e 46) e Lei n.º 12.527/11).

Ademais, o requisito do periculum in mora pressupõe o efetivo risco de dano irreparável ou de difícil reparação para autorizar a antecipação dos efeitos da tutela, devendo o temor de lesão ao direito postulado ser evidente, concreto. A mera possibilidade de eventual prejuízo, futuro e incerto, como no caso concreto, não enseja a antecipação da tutela jurisdicional.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

Intimem-se as partes, sendo a agravada para resposta.

Após, ao Ministério Público Federal.

Pelas mesmas razões, e considerando que a consulta pública iniciada pela Secretaria de Portos da Presidência da República já se encontra suspensa por força do agravo anterior, indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

Intimem-se as partes, sendo a agravada para resposta.

Após, ao Ministério Público Federal.
Porto Alegre, 30 de março de 2015."

Estando o *decisum* em consonância com a jurisprudência e com as circunstâncias do caso concreto, não vejo motivos para alterar o posicionamento adotado, que mantenho integralmente.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5005067-52.2013.404.0000

RELATOR : MARGA INGE BARTH TESSLER

REL. ACÓRDÃO : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

SUSCITANTE : 3a. TURMA DO TRF DA 4ª REGIÃO

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO : ADELCHIED HAUTH GEIER

: ALFRED MILLA

: ANA RITA HAUTH VIER

: ANNA WILD KELLER

: ANTON KELLER

: ARMIN MICHEL SCHERER

INTERESSADO : ASSOC PRO REINTEGRACAO DA INVERNADA PAIOL DE
TELHA - ASSOCIACAO HELIODORO

ADVOGADO : Fernando Gallardo Vieira Prioste

INTERESSADO : COOPERATIVA AGRÁRIA AGROINDUSTRIAL

ADVOGADO : Edaurdo Bastos de Barros

: ALEXANDRE WAGNER NESTER

INTERESSADO : DALVA SCHEIDT RICKLI

: EVELYNE HAUTH

: HERMES NAIVERTH

: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA
AGRÁRIA - INCRA

: JOSEF DETLINGER

: LIS REGINA RICKLI

: MAGDALENA DETLINGER

: NORBERT GEIER

: PAULO VIER

: REGINA VOGEL HAUTH

: RUDOLF EGLES

: RUY JORGE NAIVERTH

: SABINE GERTRUD HAUTH SCHERER

: SANDRA MARIA MULLERLEILY

: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

EMENTA

DECRETO Nº 4.887/2003. CONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE QUILOMBO. REMANESCENTES DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS. SUPERAÇÃO DA ANTIGA NOÇÃO DE QUILOMBO COMO MERO AJUNTAMENTO DE NEGROS FUGIDOS. PRESENÇA HODIERNA E NO FUTURO. EFICÁCIA IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS PERTINENTES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DENSIDADE E FORÇA MANDAMENTAL DO ART. 68 DO ATO DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT). FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA PRÓPRIA CULTURA. DIREITO À DIFERENÇA ÍNSITO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO COMO MEIO DE PROPICIAR A TITULAÇÃO.

1. Contrariamente ao que registra a história oficial, o quilombo jamais foi um mero amontoado de negros fugidos, existindo nele também índios, brancos e mestiços.

2. A nociva política do "branqueamento" retira do negro a opção por ser ele mesmo, recusando-lhe a preservação de sua história, de seus costumes, de suas manifestações religiosas, de sua cultura.

3. Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. "Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra". (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz).

4. Assim não fosse, *ad argumentandum tantum*, "...ainda o Decreto 4.887/2003 estaria a regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169 e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações semelhantes à dos autos, não só com relação à terra dos índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime de *plantation* e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88." (Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, citando FLÁVIA PIOVESAN, em seu parecer, evento 46, NTAQ1).

5. O art. 68 do ADCT contém todo o necessário à concretização de seu teor mandamental, absolutamente desnecessária qualquer "complementação", que consistiria apenas em repetir aquilo que a Lei Maior já diz.

6. A desapropriação, na hipótese, já está regulamentada em lei, que prevê o uso do instituto por interesse social, ausente qualquer vedação a seu uso no alcance do escopo constitucional inarredável de preservar e proteger o quilombo; ou o remanescente de quilombo.

7. Arguição de inconstitucionalidade que se rejeita.

RELATÓRIO

Trata-se na origem de demanda movida por titulares de imóveis localizados no município de Reserva do Iguaçu/PR, especificamente na localidade historicamente denominada "Paiol de Telha" ou "Fundão", propriedade havida por meio de usucapião.

Proposta em face do INCRA, tem por escopo o reconhecimento do direito ao devido processo legal administrativo, da invalidade do procedimento administrativo movido pela autarquia, registrado sob o nº 54.200.001727/2005-08, o qual visa à caracterização dos imóveis em questão como próprios de remanescentes das comunidades dos quilombos, bem assim da abstenção da autarquia em iniciar novo procedimento administrativo com o mesmo objeto.

A ação foi articulada aos seguintes fundamentos: a) o procedimento administrativo levado a efeito pelo INCRA deixou de observar garantias constitucionais mínimas, entre elas a do contraditório e da ampla defesa; b) o artigo 68 do ADCT/CF, que embasa o agir administrativo, reconhece a propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos para o caso de ocupação atual dos

imóveis, não assim para as hipóteses em que tenha havido pretérita e regular cessão da posse, como é o caso ora em exame; c) o instituto previsto no artigo 68 do ADCT/CF não representa modalidade de desapropriação, forma de aquisição da propriedade que encontra sede constitucional restrita às hipóteses do inciso XXIV do artigo 5º; e d) é inconstitucional o Decreto nº 4.887/2003 e sua regulamentação conseqüente por importar em ofensa à legalidade, à isonomia, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, ao direito de propriedade em atendimento a sua função social, em exorbitância do poder regulamentar, assim também ao criar caso de desapropriação que não encontra amparo na Constituição Federal.

Superadas as etapas postulatória e instrutória, sobreveio sentença de procedência com o reconhecimento da inconstitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003 e da Instrução Normativa/INCRA nº 20/2005, determinado o encerramento do procedimento administrativo nº 54.200.001727/2005-08 e o impedimento de o INCRA intentar iniciativa similar.

Apresentados recursos de apelação pelo INCRA, por Associação Pró Reintegração da Invernada Paiol de Telha - Associação Heliodoro e pelos autores, devidamente recebidos e respondidos, vieram os autos a este Regional.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento dos recursos dos réus e da remessa oficial e pelo desprovimento do recurso dos autores.

Em 16.01.2013, a 3ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Cumprida a formalidade do *caput* do artigo 482 do CPC, com o envio de cópias do acórdão aos magistrados desta Corte, foi distribuído este incidente perante a Corte Especial.

Em novo parecer, o Ministério Público Federal opinou no sentido da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Ouvida a União a teor do contido no § 1º do artigo 482 do CPC, com manifestação pela rejeição do incidente, houve inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

Das Prefaciais Sobre o Conhecimento do Incidente

Registro, de início, em observação ao contido no parágrafo único do artigo 481 do CPC, que não há pronunciamento conclusivo deste Regional por esta

Corte Especial, bem assim do plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Nesta Corte, em 18.03.2013, na sede da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5016344-36.2011.404.0000, equivocadamente suscitada em face de decreto expropriatório a propósito do Quilombo da Família Silva, notadamente ato administrativo de efeitos concretos, por maioria a Corte Especial recusou o conhecimento do incidente, com conseqüente apreciação do feito perante a 3ª Turma, sem sucessiva invocação acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Já no Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na ADI nº 3.239, na qual se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, após o voto do Relator, o Ministro Cezar Peluso, em 18.04.2012, no sentido da procedência da ação com modulação de efeitos, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber, suspendendo o julgamento até a presente data.

Por tais motivos, não há óbice ao conhecimento deste incidente com suporte no parágrafo único do artigo 481 do CPC,

No tocante ao eventual obstáculo representado pelo fato de o diploma ora contrastado com a Constituição Federal figurar na qualidade de decreto do Poder Executivo, e não lei em sentido próprio, entendo que merece ser afastado, à vista de sua caracterização, ao menos inicialmente, como decreto autônomo, circunstância que na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autoriza a avaliação em controle abstrato acerca da sua direta incompatibilidade vertical com a Constituição.

Assim figura o seguinte precedente, transcrito por sua ementa:

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada "guerra fiscal". Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra "g", da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de

Mercadorias e Serviços - ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ. (ADI 3664, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00017 RTJ VOL-00219- PP-00187).

Do Texto Normativo Contrastado

Suscitada pela 3ª Turma deste Regional a inconstitucionalidade integral do Decreto nº 4.887/2003, transcrevo em sua completude o referido texto normativo:

DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.

Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

DECRETA:

Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades

dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

Art. 3o Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1o O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2o Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3o O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4o A autodefinição de que trata o § 1o do art. 2o deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

Art. 4o Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5o Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6o Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Art. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;

II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;

III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e

IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8º Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;

II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;

VI - Fundação Cultural Palmares.

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

Art. 9o Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7o, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1o Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editais do art. 7o efeitos de comunicação prévia.

§ 2o O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.
Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

a) da Justiça;

b) da Educação;

c) do Trabalho e Emprego;

- d) da Saúde;*
- e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;*
- f) das Comunicações;*
- g) da Defesa;*
- h) da Integração Nacional;*
- i) da Cultura;*
- j) do Meio Ambiente;*
- k) do Desenvolvimento Agrário;*
- l) da Assistência Social;*
- m) do Esporte;*
- n) da Previdência Social;*
- o) do Turismo;*
- p) das Cidades;*

III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

- a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;*
- b) de Aquicultura e Pesca; e*
- c) dos Direitos Humanos.*

§ 1o O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2o Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 3o A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento

preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infra-estrutura.

Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.

Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revoga-se o Decreto no 3.912, de 10 de setembro de 2001.

Brasília, 20 de novembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

Da Necessidade de Interposição Legislativa

Conforme é perceptível da ementa do Decreto nº 4.887/2003, o seu objetivo é a regulamentação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, dispositivo assim redigido:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Ocorre que da observação de tal processo legislativo avulta um hiato normativo, representado pela ausência de fonte normativa primária sob a forma de lei em sentido estrito para a regulamentação do tema.

A teor do contido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, é garantido a todos que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, bem assim dispõe o artigo 37, *caput*, da mesma Constituição, que a Administração Pública pautará seu agir pela legalidade, da qual emana o dever e o poder de seus agentes, evidenciando a essência do estado de direito.

A propósito, rememoro clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: é livre de qualquer dúvida e entredúvida que, entre nós, por força dos artigos 5º, II, 84, IV e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõe obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos. (Curso de Direito Administrativo, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323).

No mesmo sentido do respeito à legalidade, guardando, entretanto, maior especificidade com o objeto agora examinado, dispõe o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal que compete ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". A regra transcrita principia pela descrição da participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo ordinário, concluindo por limitar seu poder próprio de regulamentação, de modo que se faça segundo as leis, ou seja, de conformidade com a lei formal. Consectário da assertiva é o fato de que, como regra, antes do decreto regulamentar deve haver lei formal.

É bem verdade que o sistema contempla regra de exceção, representada pelo inciso VI do mesmo artigo, que autoriza a edição de decreto independente de lei, o denominado regulamento autônomo, para os estritos temas arrolados, quais sejam:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;*
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;*

Desse modo, à exceção das hipóteses acima, é imperativa a prévia elaboração normativa sob a forma de lei.

Reconheço, de outro tanto, que o Supremo Tribunal Federal conta com precedente segundo o qual a partir da manifesta desnecessidade de interposição legislativa, em virtude da extrema clareza e suficiência dos termos da matriz

constitucional, é permitida a direta regulamentação pela via do decreto autônomo. Segue o precedente, transcrito por sua ementa:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação das entidades nacionais de classe que não depende de autorização específica dos seus filiados. III. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da Confederação Nacional das Profissões Liberais - que passou a abranger a defesa dos profissionais liberais ainda que empregados -, e a lei questionada, que fixa limite à remuneração dos servidores públicos. IV. Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): auto-aplicabilidade. Dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação - não dependendo de complementação normativa - não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, à primeira vista, podia ser determinada por decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação. (ADI 1590 MC, Relator o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/1997, DJ 15-08-1997).

De se anotar, contudo, que o caso sob exame não se amolda a nenhuma das exceções discorridas acima. Primeiro, porque o Decreto nº 4.887/2003 não versa sobre a extinção de funções ou cargos públicos, e, quando dispõe sobre a atribuição de competências institucionais no *caput* dos artigos 3º, 4º e 5º, bem assim a respeito da instituição de Comitê Gestor (art. 19), não exclui eventual aumento de despesa no artigo 23, desfigurando, desse modo, a hipótese constitucionalmente autorizada de regulamento autônomo. Segundo, porque do acurado exame do artigo 68 do ADCT/CF não se divisa norma dotada de auto-aplicabilidade, seja à vista da complexidade temática, visível de seus termos, que notadamente exprimem conceitos carecedores de integração, seja de suas vastas lacunas.

Aprofundando o ponto, reconheço que em relação à regra contida no artigo 68 do ADCT/CF é defendida a inserção entre "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais", que "têm aplicação imediata" a teor do § 1º, artigo 5º, da Constituição Federal. Não desconheço, de outro vértice, que segundo o moderno constitucionalismo, toda regra é dotada de mínima densidade normativa, de modo a

viabilizar sua aplicação, o que de certa forma corresponde à eficácia mínima outrora sustentada.

Acontece que tornando ao exame minudente do enunciado do artigo 68 do ADCT/CF, identifico insuficiência de densidade normativa ao fim de dispensar sua regulamentação por interposição legislativa mediante lei formal. Em outras palavras: afigura-se indeclinável a necessidade de edição de lei ordinária. Tal avulta da complexidade e da absoluta indeterminação de seus termos. Assim, é impositiva a formulação dos seguintes questionamentos: é patente da leitura do preceptivo o seguro alcance da definição de quilombo, de comunidade dos quilombos, de remanescente de tal comunidade e do que corresponde a terras de tais remanescentes? Do mesmo modo: por qual procedimento será levada a efeito a emissão de títulos de propriedade aos reconhecidos remanescentes, considerando ainda o fator complicador representado pela existência de titulação pretérita? A resposta é desenganadamente pela negativa, ou seja, não há alcance seguro acerca das definições, tampouco se depreende por qual procedimento serão atingidos os resultados almejados.

Consigno que no tópico específico da definição do procedimento para a emissão dos títulos de propriedade, foi sustentada nos autos a incidência do § 1º do artigo 216 da Constituição Federal, dotado da seguinte redação:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Foi defendido o ponto de vista segundo o qual, por constituírem os quilombos patrimônio cultural brasileiro, a sua proteção se daria pela via da desapropriação. Respeitosamente discordo do entendimento, não havendo falar em aplicação das regras acima, já que a desapropriação do patrimônio cultural desserve à hipótese de retirada de um bem da esfera alheia para a imediata transferência pura e simples ao domínio privado, fim almejado pelo artigo 68 do ADCT/CF. Os escopos normativos são distintos, cumprindo ao patrimônio cultural por essência ser desapropriado para a sua permanência no domínio público. A solução alvitrada para o patrimônio cultural brasileiro situado nos quilombos é o tombamento (§ 5º, art. 216,

CF), instituto de direito administrativo diverso da desapropriação, que evidentemente desinteressa na presente quadra aos reivindicantes da área em exame nestes autos.

Por todo o desenvolvido, inelutável a edição de lei formal.

Da Alegada Existência de Lei Formal Sobre o Tema

No curso da demanda foi aventada a existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF.

A hipótese que examino por primeiro, consiste na viabilidade da regulamentação do tema específico da titulação aos interessados, na forma dos diplomas legais de regência dos casos de desapropriação albergados pelo direito vigente. Assim, seja pelo enquadramento do caso dos autos na modalidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, regida pelo Decreto-lei nº 3.365, seja na espécie relacionada ao interesse social, normatizada pelas Leis nºs 4.132 e 8.629 e pela Lei Complementar nº 76, haveria suporte normativo suficiente.

Novamente manifesto minha respeitosa discordância, asseverando que a sustentada desapropriação, supostamente decorrente da aplicação do artigo 68 do ADCT/CF, não se confunde com as modalidades acima identificadas. Cada qual possui o seu escopo e suas conseqüências específicas, que destoam do instituto em análise. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública supõe o atendimento ao interesse público com nítida feição coletiva ampla e a permanência do patrimônio no domínio público, ao passo que no caso ora versado o interesse agasalhado tem amplitude consideravelmente menor e o bem passará imediatamente ao domínio privado após a eventual expropriação. Já a desapropriação por interesse social tem por objetivo coibir a manutenção da propriedade sem a realização de sua função social, finalidade notadamente diversa da espécie ora examinada, ao menos pelo que se deduz do enunciado do artigo 68 do ADCT/CF. Substancialmente distintos os institutos jurídicos, não há como acolher a tese de aplicação dos aludidos diplomas legais.

A segunda alegativa de existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, indica para os diplomas de internalização ao direito brasileiro da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Trata-se do Decreto Legislativo nº 143/2002 e do Decreto Presidencial nº 5.051/2004, que, a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, são dotados de estatura normativa privilegiada no direito pátrio.

Ouso novamente discordar da aplicabilidade vindicada, na medida em que não há cogitar da subsunção almejada. Explico: a convenção internalizada incide quanto a povos tribais e indígenas (artigo 1º, item 1, "a" e "b"), sujeitos, ao que tudo

parece indicar, diversos dos contemplados no artigo 68 do ADCT/CF, já que esses, pelo que se pode intuir, não vivem em tribos em sentido próprio, tampouco são aborígenes. Ainda que assim não fosse, o artigo 14 da convenção, expressamente indicado no curso deste processo, ao tratar do reconhecimento aos povos interessados do direito de propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, limita-se à preceitação para que os Estados signatários dêem especial atenção ao tema, adotem medidas necessárias e instituem procedimentos adequados, sem qualquer especificação, como aliás não poderia deixar de ser, com o fito de preservar as autonomias internas.

Transcrevo os dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho mencionados:

PARTE I - POLÍTICA GERAL

Artigo 1o

1. A presente convenção aplica-se:

a) 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;

b) 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.

(...)

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

A terceira hipótese de existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF recai sobre os seguintes dispositivos: inciso III, artigo 2º, Lei nº 7.668/1988; "c", inciso IV, artigo 14, Lei nº 9.649/1998, com a redação atribuída pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001; e "c", inciso V, artigo 27, Lei nº 10.683/2003. Trata-se de regras meramente indicativas de competências administrativas sobre o tema em debate para a Fundação Cultural Palmares, assim como ao Ministério da Cultura, sem alcançar o escopo apontado, qual seja o de efetivamente regulamentar a matéria.

Assim, evidenciada a impropriedade dos diplomas normativos referidos para o fim de regulamentar a matéria à guisa de lei formal.

Da Utilidade do Instituto da Desapropriação Indireta

Solução ponderada nos autos para o efeito de contornar a ausência de lei formal para a regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, foi a adoção do instituto de construção jurisprudencial representado pela desapropriação indireta.

Com efeito, reputo despropositada a ponderação, uma vez que o esbulho por autoria do pelo Poder Público, sem prévia indenização ao particular, com o fito de após realizar imediata transferência patrimonial a particulares é inconcebível no âmbito do estado de direito, por manifestamente inconstitucional (incisos XXII e XXIV, artigo 5º), depondo inclusive contra a legitimidade do instituto albergado no artigo 68 do ADCT/CF.

Da Relevância do Princípio Democrático

Entendo que no tratamento de tão importante conquista, representada pelo direito ora em comento, representativo de fruto havido no seio de uma Constituição democrática, não deve ser olvidado o princípio democrático inscrito no seu artigo 1º, de modo que para a legitimação da mencionada conquista, como antes referido, há de ser inaugurado o adequado processo legislativo perante o Congresso Nacional, com a conseqüente edição da indispensável lei formal para a regulamentação do tema.

Da Insegurança Jurídica

Conforme bem apreendido pelo Juízo de origem por ocasião da prolação da sentença de procedência dos pedidos, a regulamentação exclusiva do tema ora

debatido pela via do decreto presidencial representa considerável risco à segurança jurídica (*caput*, artigo 5º, Constituição Federal). Tal se afirma, tendo em linha de conta o histórico da regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, conforme empreendida pela Presidência da República nos anos de 2001 e de 2003.

Explico: o tratamento conceitual do tema é substancialmente discrepante do cotejo do primeiro decreto presidencial, o Decreto nº 3.912, de 10.09.2001, com o segundo decreto presidencial, o Decreto nº 4.887/2003, de 20.11.2003, com conseqüências práticas completamente diversas, merecendo destaque ainda o reduzido intervalo entre a edição de um e de outro.

Passo à transcrição da matriz conceitual do primeiro decreto:

Art. 1o Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:

I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e

II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988. (grifei).

Já no segundo decreto a definição está assim disposta:

Art. 2o Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1o Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2o São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3o Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades

dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental. (grifei)

Denota-se no primeiro decreto a adoção de um critério com cunho geográfico e histórico, ao passo que no segundo um parâmetro eminentemente sociológico, viável por meio de autodefinição.

Faço remissão aos termos da sentença quanto ao ponto:

Revelador dessa mudança radical de rumo no tratamento do tema é a alteração no quadro político do País, a partir das eleições de 2002.

Não é fruto da coincidência que o Decreto n° 3.912/01 foi assinado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, enquanto que o Decreto n° 4.887/03 foi expedido durante o mandato do atual presidente Luis Inácio Lula da Silva.

Sem se alinhar a uma opção política ou outra, resta evidente que cada governo emprestou ao art. 68 do ADCT o significado que corresponde à linha ideológica de cada partido. Aliás, é natural que assim o seja, sendo inconcebível que as administrações sejam rebeldes com seus compromissos históricos.

No entanto, se é verdade que os fatos sejam assim, não é menos verdade que o Direito tenha que ser refém dos fatos. Afinal, o Direito não é a Ciência do ser, mas do dever ser, sendo seu papel conter, quando necessário, a rebelião dos fatos.

O quadro que se apresenta é claro: existe uma necessidade premente de discussão sobre os limites e o alcance do art. 68 do ADCT. No entanto, essa discussão deve ocorrer no foro adequado que é o Congresso Nacional. Se é inegável que cabe ao Poder Judiciário Sindicar eventual regulamentação do tema, também não se pode excluir a necessidade de prévio debate político, a partir de um texto legal que reflita a vontade do povo e não a da administração que expede o decreto.

Não tenho a menor dúvida de que, na hipótese de alteração do quadro político do País, nova regulamentação ocorrerá, cuja instabilidade é incompatível com a relevância de tema de índole Constitucional.

Trata-se de uma inocente ilusão afirmar que o art. 68 do ADCT já apresenta algum conteúdo suficientemente explícito na definição dos interesses nela regulados, a dispensar eventuais definições legais, reservando-se ao decreto o papel de definidor de meros procedimentos. (evento n° 2, SENT174).

Na esteira de tão lúcidas considerações, fica evidente que a regulamentação do tema em análise não pode ficar ao sabor das marés dos governos pela via do decreto presidencial, sob pena de inconstitucional insegurança jurídica, a envolver direitos sabidamente fundamentais, com direta repercussão na esfera jurídica de terceiros.

Dos Precedentes sobre o Tema

Foram indicados nos autos alguns precedentes sobre o tema, em relação aos quais faço breve consideração, em razão do reduzido relevo para o desate da questão constitucional ora abordada.

Quanto ao caso do Quilombo de Caçandoca, situado no Município de Ubatuba, Estado de São Paulo, a rede mundial de computadores dá notícia que foi objeto de desapropriação por interesse social mediante decreto presidencial, com reconhecimento parcial da área pretendida, além de outra parcela localizada em área de marinha, igualmente franqueada pelo Poder Público (http://www.mda.gov.br/portal/noticias/item?item_id=3566675). Não houve informação sobre a específica argüição de inconstitucionalidade a respeito do Decreto nº 4.887/2003.

A propósito do Quilombo da Marambaia, localizado no Município do Rio de Janeiro, em área até então de propriedade da União, caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça na sede do Recurso Especial nº 931.060-RJ, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, com publicação em 19.03.2010, a questão da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 não foi argüida, tendo os votos integrantes do acórdão laborado nos limites da perspectiva da presunção de constitucionalidade do diploma normativo. Em relação ao processo pendente de exame no Supremo Tribunal Federal recurso extraordinário versando temática diversa da ora vertida.

No tocante ao caso do Quilombo da Família Silva, situado no Município de Porto Alegre, conforme destacado no princípio deste voto, houve a suscitação do incidente de argüição de inconstitucionalidade pela 3ª Turma para exame por esta Corte Especial. Ocorre que a suscitação foi equivocada, uma vez que tomou por base o decreto expropriatório da área, ato administrativo de efeitos concretos, que culminou com o não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade. Tornados os autos à 3ª Turma, os recursos interpostos foram apreciados, sem invocação acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. O tema foi decidido na perspectiva da desapropriação por interesse social, com suporte nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, além do artigo 68 do ADCT/CF.

Outros precedentes nos Tribunais Federais não tiveram a constitucionalidade atacada pelas partes, como por exemplo o caso da Lagoa da Pedra, Arraias/TO, uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra a União e INCRA para concluir demarcação sobre terras públicas (TRF1, AC nº 0015813-88.2009.4.01.4300), e da Comunidade Preto Forro, sobre terras do Estado do Rio de Janeiro, ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a União, o INCRA e Município de Cabo Frio/RJ (TRF2, AC nº 0000313-63.2003.4.02.5108). Já no Supremo Tribunal Federal, alguns incidentes vertidos em mandado de segurança, nº 29.362, relator o Ministro Celso de Mello, tendo por objeto a área denominada Invernada dos Negros em Santa Catarina, e nº 28.675, relator o Ministro Joaquim Barbosa, área em Salto do Pirapora em São Paulo, manejados em face de decretos presidenciais expropriatórios por interesse social, tiveram seus cursos obviados em razão da impropriedade da via.

À luz dessas informações, fica evidenciado o fato de que deixou de haver nos referidos casos abordagem específica sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tema sobre o qual ora me detenho.

Do Início do Julgamento da ADI nº 3.239

Por iniciativa do então Partido da Frente Liberal, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, visando ao reconhecimento acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tendo como relator sorteado o Ministro Cezar Peluso. A ação foi processada com tramitação direta (artigo 12, Lei nº 9.868/99), e logrou informações da Presidência da República e parecer da Procuradoria Geral da República no sentido de sua improcedência. Após sucessivos pedidos de integração na qualidade de *amicus curiae*, com acolhimento parcial, além de requerimentos de audiência pública, que foram indeferidos, o processo foi apresentado a julgamento em 18.04.2012. O Ministro Cezar Peluso votou no sentido da procedência do pedido, afirmando a integral inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tendo modulado os efeitos da declaração de forma a preservar a validade dos títulos de propriedade já deferidos com base no texto normativo. Proferido o voto pelo relator, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, circunstância que ocasionou a suspensão do julgamento até a presente data.

Cumprido neste momento o registro acerca dos principais fundamentos adotados pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto, sobre os quais de forma sucinta passo a discorrer: a) o Decreto nº 4.887/2003 não extrai seu fundamento de validade das Leis nºs 7.668/1988 e 9.784/1999; b) o aludido decreto não representa caso de decreto autônomo autorizado pela Constituição Federal, figurando, assim, na qualidade de diploma normativo dotado de inconstitucionalidade formal; c) o artigo 68 do ADCT/CF requer lei formal integrativa de seu conteúdo para a identificação das terras

de que trata, dos beneficiários e do procedimento de titulação, e tal lei formal ainda não foi editada; d) viola a legalidade a sucessiva edição de decretos presidenciais para a regulamentação do tema; e) o Decreto nº 4.887/2003 incorre em inconstitucionalidade material, representada pelo fato de que o artigo 68 do ADCT/CF labora com o critério histórico para a definição das comunidades dos quilombos, ao passo que sua regulamentação adota critérios metajurídicos; f) há igualmente inconstitucionalidade material ao permitir a autodefinição pelos membros dos quilombos, a indicação da área territorial pelos próprios interessados, ao prever a impenhorabilidade da área, ao ofender o devido processo legal mediante a garantia aos membros das comunidades dos quilombos a participação no procedimento desde o início, sem garantir aos terceiros titulares das áreas igual direito, já que serão comunicados por edital e apenas após a conclusão dos trabalhos de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial pelo INCRA; g) a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho desmerece à condição de suporte normativo para o decreto examinado, uma vez que trata sobre grupos étnicos nos quais não guardam inserção as comunidades dos quilombos; h) o decreto contempla nova hipótese de desapropriação sem base legal; e i) a aplicação do diploma discutido acarreta o agravamento dos conflitos agrários e a insatisfação dos beneficiários, na medida em que impõe inumeráveis etapas até o resultado final almejado pelas comunidades interessadas.

A partir do exame do substancial arrazoado desenvolvido pelo Ministro Cezar Peluso, não tenho como deixar de emprestar minha adesão a sua argumentação, que aliás é subscrita em alguns dos tópicos anteriores.

Informo que o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, em dois fragmentos, é disponibilizado nos seguintes endereços eletrônicos:
<http://www.youtube.com/watch?v=VNVstli0nWk>
<http://www.youtube.com/watch?v=ZV94XhbFV6s>.

Do Primado da Legalidade

Conclui-se de todo o desenvolvido acima que é indeclinável a edição de lei formal integrativa do conteúdo do artigo 68 do ADCT/CF, comprovadamente inexistente até o presente momento. A necessidade de interposição legislativa, ao mesmo tempo que representa imposição à vista do primado da legalidade, significa garantia social de supremo relevo para o tema relacionado à afirmação dos direitos dos remanescentes das comunidades dos quilombos, já que devem ser assegurados na exata dimensão dos fundamentos e dos objetivos republicanos inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Tal linha de compreensão, para além de afiançar legalidade aos procedimentos, confere legitimidade à conquista almejada.

Da Conclusão

Com suporte nos fundamentos alinhavados até agora, firmo minha posição no sentido da inconstitucionalidade integral do Decreto nº 4.887/2003, ante sua ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

(...)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

ADCT - Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Da Lacuna Normativa

Com o objetivo de esclarecer acerca da lacuna normativa deixada pelo reconhecimento de inconstitucionalidade ora empreendido, anoto que no retorno da causa para a 3ª Turma, fica evidentemente garantida ao colegiado a possibilidade de suscitação de novo incidente de inconstitucionalidade, agora em face do Decreto nº 3.912, de 10.09.2001, antecedente normativo do Decreto nº 4.887/2003, se assim

entender. Afasto, de outro tanto, à vista dos limites objetivos fixados pela 3ª Turma por ocasião da suscitação do incidente agora analisado, a apreciação sobre a eventual inconstitucionalidade do Decreto nº 3.912/2001 nesta assentada.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer desta argüição de inconstitucionalidade para promover o seu acolhimento de modo a afirmar a integral inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

É o voto.

Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

Relatora

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, ousou divergir da solução expressa no voto da ilustre Relatora.

Cumpro, inicialmente, fazer um breve comentário a respeito da conceituação de quilombo. Primeiramente, vai-se ao ano de 1740, que é onde aparece esta definição: *toda habitação de negros fugidos que passem de cinco em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele*. Isso foi registrado pelo Conselho Ultramarino em uma correspondência ao Rei de Portugal. Isso é o que a história oficial registrou, e o que aprendemos na escola; essa é a versão "oficial" da história.

Muito tempo depois, Artur Ramos (1953), Edson Carneiro (1957) e Clóvis Moura (1959) modificaram esse conceito, deram-lhe uma amplitude, propiciaram uma evolução; mas estes, a meu ver, ainda laboraram em equívoco, situando o quilombo no passado. Quando se fala em *remanescentes de sociedades quilombolas*, quer-se evitar uma discussão quanto à real presença de quilombos hoje. Se respeitada a diferença, se preservado o direito à diferença, ter-se-á também o quilombo do futuro.

A Associação Brasileira de Antropologia, em 1994, definiu o quilombo como: *"toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos, vivendo*

de cultura de subsistência, onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado."

A prosseguir-se a nociva política histórica de branqueamento, estar-se-ia negando ao quilombola o próprio direito de ser ele mesmo, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura.

MARIA FÁTIMA ROBERTO MACHADO ("Quilombos, Cabixis e Caburés: índios e negros em Mato Grosso no Século XVIII - Associação Brasileira de Antropologia, Goiânia, junho de 2006) bem fez estampar o que era um quilombo no passado, informando que, ainda lá pelos idos daquele dia trágico em que o quilombo de Vila Bela foi exterminado no Mato Grosso, 19 de junho de 1795, fez-se o seguinte inventário: negros: seis; índios, oito; índias, 19; caburés: dez; caburés fêmeas: 11. E não havia só caburés, havia também cabixis, mulheres índias aprisionadas em guerras com tribos vizinhas, o que propiciava maior miscigenação. Caburé é o cafuzo propriamente dito. Nos quilombos, de uma maneira geral no Brasil, havia não só negros, mas também índios, e também mestiços e também brancos. Então, a qualquer coisa que se diga em relação a quilombo, há que se imprimir uma visão antropológica. Quem mais que um antropólogo para dizer o que era quilombo, o que não era quilombo, o que hoje é quilombo, o que deixou de ser quilombo; ou, diante da exigência de um formalismo de regra, vamos dizer: quem mais vai saber o que é *remanescente de quilombo*? É preciso, sim, fazer essa digressão histórica, aliada a um estudo do presente, com olhos também no futuro. Alguém, em sã consciência, pode recusar que a nossa Constituição mostra evidente vontade de preservação do quilombo como comunidade cultural ?

Mas chegamos aos dias de hoje, e alguém vem dizer: "Ah, mas precisa ser grupo tribal". Bom, o que vamos ter? Vamos ter o quilombola negro. Mas ele não pode ser só negro: ele tem que ser negro e ter tribo. Seria propriamente o negro afrodescendente ou seria o chamado "negro da terra"? Porque, se olharmos as belíssimas fotos de Sebastião Salgado, mostrando índios atuais, vamos ver que, por mais que a visão rousseauiana do *bon sauvage* quisesse mascarar a realidade, temos índios de pele bastante escura e temos até uma determinação pombalina proibindo que se usasse esta expressão "negro" em relação àqueles que já se convencionara chamar de "*negros da terra*", que eram os índios de pele mais escura, cujas tribos vão sempre aparecer com a terminação *una*, que é negro em tupi-guarani; mas, no fim das contas, dentro de um quilombo, essa miscigenação toda não deixa margem para formar o estereótipo de um quilombola tendo-se por base características apenas físicas.

O que é um quilombo hoje? Hoje o quilombo é uma comunidade com importância cultural, com importância histórica que necessariamente deve ser preservada. Eis um quilombo. As comunidades remanescentes de quilombos, no fim

das contas, são os quilombos de hoje. Dando-se uma rápida pincelada no objeto ou nos protagonistas, encontro, sim, alguma coisa diferente do simplismo da história "oficial"; mesmo em passado remoto, lá em Mato Grosso, lá em um lugar bastante isolado, no ano de 1795, tem-se uma descrição assim:

"Vendo S. Exa. que todos os caburés e índios de maior idade sabiam alguma doutrina cristã que aprenderam com os negros e que se instruíram suficientemente com gosto nesta capital, na qual se lhe acabou de ensinar e ainda alguns índios adultos, pois todos falavam português com a mesma inteligência dos pretos, de quem aprenderam, e como todos estavam prontos para receber o batismo, foi pessoalmente assistir a esse sacramento, sendo padrinho de alguns, assim como doutros, as principais pessoas dessa vila, cuja função se celebrou no dia 06 de outubro, recebendo este sacramento todos os de menor idade e alguns maiores que estavam mais instruídos na religião." (Diário da Diligência... 'Rondônia' -Roquette Pinto, 1916)

Havia também dentro desse cenário - e eu vou pedir licença para me estender um pouco, mas acho que é bastante útil que se tenha visibilidade do quilombo. No Quariterê, que é o quilombo de Vila Bela, havia o seguinte quadro:

"Na organização política residia a especificidade do quilombo que nisso se distinguia de Palmares e dos quilombos do Ambrósio e de Campo Grande, a forma adotada foi a realeza, havia rei, mas à época da primeira destruição era governado por uma preta viúva, a Rainha Teresa de Benguela, assistida por uma espécie de parlamentar com um capitão-mor e conselheiro. Como em Palmares, na religião havia um sincretismo entre cristianismo e valores religiosos africanos. Quando abatido pela primeira vez, sua população era de 79 negros homens e mulheres e 30 índios levados a ferro para a Vila Bela, morrendo e fugindo muitos. A Rainha Teresa ficou de tal modo chocada e inconformada com a destruição do quilombo, que enlouqueceu. Taunay diz que "quando foi presa, esta negra Amazona parecia furiosa. E foi tal a paixão que tomou em ver conduzir para esta Vila que morreu enfurecida". Os vexames e a grande violência que se abateram sobre a Rainha e seu povo, com o objetivo expresso da subjugação humilhante, foram demais para Teresa, que encontrou na loucura uma forma de reação, recusando-se a se entregar e a curvar-se à autoridade dos brancos. Os quilombolas sofreram castigos cruéis em praça pública, expostos à curiosidade do povo, e foram marcados a ferro com a letra F, conforme determinação de alvará régio. O suicídio foi o gesto supremo de rebelião da Rainha à dominação dos brancos." (Maria Fátima Roberto Machado, ob. supracit.)

De lá vem perpetuada uma história de injustiça até os dias de hoje. Eu não quero aqui absolutamente falar em obrigação de ressarcimento ou de indenização

em relação ao passado. Eu quero falar de situação de injustiça presente, injustiça de hoje, que o constituinte quis, senão reparar, pelo menos mitigar.

Em relação a quilombo, a antropologia é o lugar certo para se saber o que é quilombo, quem é quilombola, quem é remanescente de comunidade quilombola. E foi isso que foi feito. A Fundação Palmares fez um trabalho cuidadoso para identificar o pessoal remanescente.

No que tange propriamente à questão de constitucionalidade, é consabido que os direitos fundamentais têm eficácia imediata. Que fundamentalidade é essa? Ela dimana da positivação de determinados princípios, conforme preleciona o ilustre jurista Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra 'A Eficácia dos Direitos Fundamentais', *verbis*:

"Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidas pela comunidade histórica e especialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformaram-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica 'reserva de justiça', em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, 'o fundamento de validade da constituição (= legalidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade da sua bondade intrínseca. '

"Bondade intrínseca" e fechem-se as aspas.

Peço vênia para integrar a esta fundamentação trechos do brilhante voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, que expressa quanto ao tratamento jurídico a ser aplicado no caso concreto, sob o prisma da moderna hermenêutica, *verbis*:

"(...) Também vou pedir a máxima vênia à eminente Relatora, com seu brilhante voto. Também tenho como autoaplicável a disposição do art. 68 do ADCT, que considero um direito fundamental também. E justamente por essa condição de direito fundamental é autoaplicável. Mas, também como direito fundamental, ele é princípio. Se recorrermos à teoria dos direitos fundamentais do Alexy, veremos que os direitos fundamentais são qualificados pelo conteúdo como princípios, e os princípios - e aí abandono o Alexy - considero, na linha do Dworkin, como imperativos, como válidos para regular o caso concreto. Na verdade, os direitos fundamentais, que estão incluídos no sistema

constitucional, possuem uma dupla funcionalidade, uma natureza dúplice, ora se comportando como princípios, ora se comportando como regras. Comportam-se como princípios, na medida em que lhe inserem cláusulas restritivas gerais com base em outros princípios contrapostos aos que embasam os direitos fundamentais. Por outro lado, comportam-se como regras, na medida em que, uma vez inseridas as cláusulas restritivas, se aplicam aos casos concretos.

E princípios, senhores, não são mandados de otimização na minha perspectiva, ao contrário do que apregoa, talvez hoje, o entendimento doutrinário majoritário. Esser, por exemplo, fala em princípios não jurídicos, juízos de valor, orientações morais. Penso que princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra. Princípios não são meras orientações políticas, mandamentos morais; são fontes de direito. Princípios têm a qualidade jurídica e, no caso em que se conformam como direitos fundamentais, têm autoaplicabilidade.

Do meu voto, um pouco longo, apenas ficaria nesta referência de um parecer muito bem-lançado do Procurador da República Daniel Sarmento, que atua, acredito, no TRF da 2ª Região, em que ele faz uma resenha preciosa dessa situação específica e diz:

"Uma das principais conquistas do Movimento Negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao Texto Magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O referido preceito constitucional atende simultaneamente a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga a uma ação da igualdade substantiva da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes... (...) ...os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte."

A propósito da discussão do alcance da Convenção 169 da OIT, é pacífico hoje na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que se aplica não só às comunidades tribais, mas também às populações tradicionais. Em pelo menos três casos aquela corte reconheceu isso. Não só Suriname, em dois casos também envolvendo o Estado Paraguaio e comunidades indígenas se fez essa extensão, esse elastério que já é hoje pacificado no Direito Internacional."

(...)

Então, se a questão é de fundamentalidade, aqui está, irrecusavelmente um direito fundamental. A manutenção da própria cultura, o direito à diferença, tudo isso tem a ver com dignidade da pessoa humana, é direito fundamental; e, como direito

fundamental, o dispositivo constitucional pertinente gera efeitos imediatos. E efeitos imediatos implicam dispensa de qualquer espécie de legislação de transição.

A disposição constitucional que agrega efetividade imediata aos direitos fundamentais nasceu para precaver o que ocorria na égide das Constituições passadas, em que havia uma série de direitos arrolados, apelidados "*normas programáticas*", que pendiam eternamente de regulamentação; regulamentação essa que não vinha e, simplesmente, grande parte da Constituição jamais ganhava vigência, porque faltavam as leis a elas pertinentes.

Tenho de dizer e justificar que, em diversas ocasiões, votei por inconstitucionalidade por falta de regulamentação; mas, isso, em se tratando de Direito Tributário, onde é imprescindível a existência de lei formal para amparar decreto, em face de que *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*. Mas aqui, *in casu*, tem-se direito fundamental, que, como tal, guarda eficácia imediata *ipso facto* de sua posituação constitucional.

No tocante, se, *ad argumentandum tantum*, admitida necessidade de regulamentação, seria de perguntar-se: mas o que falta complementar? Vão querer o quê? Que se faça uma lei dizendo aquilo que a Constituição já diz? Está tudo ali. Então exige-se uma lei só *pro forma*, para dizer aquilo que já está dito?

Sustentar que se trata de decreto autônomo é posição que não resiste a um perfunctório exame. Bem feliz em sua abordagem o douto presentante do Ministério Público Federal, Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, na sessão da Terceira Turma do dia 16/01/2013, quando averba:

"Agora, o que é preciso ter presente é que o art. 68 do ADCT é regra e não é princípio. Portanto, ele se aplica, ele não prescinde de um preenchimento normativo e portanto não há nenhuma inconstitucionalidade, não há nenhuma invasão por parte do executivo daquilo que seria próprio do legislador.

E nessa linha, então, e até, apenas para concluir, permito-me referir também um argumento importante que é sustentado e creio que esteja nos autos, um parecer da Prof. Flávia Piovesan, em que ela sustenta que, se não fosse assim, ainda o Decreto nº 4.887/2003 estaria a regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169, e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações absolutamente semelhantes à dos autos, não só com relação a terras de índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime do plantation e que portanto têm uma

situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88. Portanto, não é decreto autônomo, porque, na verdade, não inova no ordenamento; e mesmo se inovasse, ele estaria a regulamentar dois decretos que são, na linha que vem entendendo o Supremo, normas supralegais, os decretos de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento estariam sendo regulamentados por essa regra.

E eu me permito concluir, lembrando um pequeno trecho de uma carta aberta de Boaventura de Sousa Santos, que dirigiu ao STF quando do julgamento da ADIN que lá tramita, e que eu me permitiria hoje, lendo, dirigir a esta Corte. Diz Boaventura:

'Assegurando a um tempo o Supremo, ao definir sobre o direito dos quilombolas à autoatribuição, reconhecerá a capacidade de sujeito de direito de tais grupos com cultura e identidade próprias e ligados a um passado de resistência à opressão e ao racismo, assegurando a um tempo a efetiva participação numa sociedade pluralista, promovendo a igualdade substantiva e se pronunciando sobre o pleno exercício dos direitos culturais, não mais na visão do patrimônio cultural como monumento e tombamento, mas na visão ampliada dos arts. 215 e 216 da nossa Constituição, para abranger as expressões de criar, fazer e viver de tais comunidades. A decisão a ser proferida - diz ele, dirigindo-se ao Supremo, e permito-me dirigir a V. Exas. Com as mesmas palavras-, tal como aquela de Raposa Terra do Sol, sinalizará para as próximas gerações um modelo de desenvolvimento e de sociedade que o Brasil deve deixar como legado: Um projeto uniformizador, etnocida e insustentável? Ou outro, em que a diversidade e o pluralismo são chaves para uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e baseada na dignidade da pessoa humana?'

Cumpra ao intérprete emprestar utilidade à lei. Vale lembrar aqui o magistério de CARLOS MAXIMILIANO (in *"Hermenêutica e aplicação do direito"*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 166) sobre a apreciação do resultado da interpretação, *verbis*:

"179 - 'Deve o Direito ser interpretado inteligentemente': não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela se efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Releva acrescentar o seguinte: 'É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las'. Portanto, a exegese há de ser de tal

modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a 'conclusão física ou moralmente impossível'."

Colho, outrossim, do voto-vista do Desembargador Federal Thompson Flores Lenz, o seguinte substancioso trecho:

"No mesmo sentido, o pensamento autorizado do Mestre Pontes de Miranda, in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590, verbis:

"Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica.

O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só a faz a respeito das regras legais ou de atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que se trata, é a regra geral. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer ilegal o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a ilegalidade, sem maioria absoluta dos membros do tribunal, e não se possa decretar a inconstitucionalidade desse mesmo ato, se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a ratio legis não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem os decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado."

Do exposto, estabelecidas essas premissas, e refletindo melhor acerca da relevante matéria constitucional pertinente ao deslinde do presente feito, reformulando posição anterior, convenci-me da legitimidade constitucional do Decreto nº 4.887/2003.

Ao transcrever o voto do eminente Ministro Luiz Fux, no RESP nº 931.060-RJ, anotou o Ministro Benedito Gonçalves, verbis:

"Os remanescentes das comunidades dos quilombos, por força da Constituição pós-positivista de 1988, ideário de nossa nação que funda o Estado Brasileiro na Dignidade Humana, no afã de construir uma sociedade justa e solidária,

com erradicação das desigualdades, o que representa o respeito às diferenças, ostentam direito à justa posse definitiva que mantém, mercê de a mesma conferir-lhes o direito a titulação, consoante o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, verbis: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos." O Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e éticos que compõem a população brasileira. As garantias constitucionais, por essa razão, asseguram o respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça ligadas à proteção da cultura, com inclusão dos quilombolas, a teor dos artigos 215 e 216, § 5º, da Constituição Federal de 1988,

(...)

A ratio do mencionada dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas, para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando, igualmente, a efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Cuida-se de norma que tem como escopo à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação. Igualmente, a medida é reparatória, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.

(...)

A CR/88, ao consagrar o direito a terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, ressalte-se que a norma jurídica que impunha um critério temporal ao reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, o Decreto nº 3912/2001, foi revogada expressamente pelo art. 25 do Decreto nº 4887/2003, que trouxe como método de identificação deste grupo de pessoas o critério de auto-atribuição, associado a estudos antropológicos."

Nesse sentido, também, o valioso pronunciamento do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao emitir o seu parecer na ADIn nº 3.239/600-DF, cujos argumentos adoto, verbis:

"11. Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

12. Em primeiro lugar, deve ser analisada a regularidade formal da norma impugnada. Questiona-se se o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, poderia regulamentar diretamente, é dizer, sem a interposição de uma lei, o art. 68 do ADCT.

13. Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com a coordenação do Professor Dr. CARLOS ARI SUNDFELDI, esclarece a questão, quando demarca o sistema normativo que regulamenta o art. 68 do ADCT. De acordo com o estudo, o art. 68 do ADCT está devidamente regulamentado pela Lei nº 9.649/98 (art. 14, IV, "c") - que confere ao Ministério da Cultura competência para aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto - e pela Lei nº 7.668/88 (art. 2º, II e parágrafo único), que atribui à Fundação Cultural Palmares competência para realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação, bem como para figurar como parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. 1 SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Comunidades Quilombolas: Direito à Terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/ MinC/ Editorial Abaré, 2002, p. 22 e ss. 9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF

14. Assim dispõe a Lei nº 7.668/88 (com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que autorizou o Poder

Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, conferindo-lhe competências específicas:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no distrito Federal, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendolhe:

I - promover e apoiar eventos relacionados com os seus objetivos, inclusive visando à interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país;

II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, através do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros.

III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. (...)"

15. Por seu turno, a Lei nº 9.649/98 (também com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo-lhes as devidas competências, desta forma estabelece:

Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

IV - Ministério da Cultura:

(...)

c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto;"

16. Anteriormente ao Decreto nº 4.887/2003, a regulamentação das referidas leis era feita pelo Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que continha disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, "trata-se de decreto fundado expressamente nos dispositivos citados - art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88". 2

17. O Decreto nº 4.887/2003, ora impugnado, revogou expressamente o Decreto nº 3.912/2001 (art. 25), passando a figurar como a norma regulamentadora do art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88.

18. Assim, como bem ressaltou a d. Adv. Gen. da União, "o Decreto nº 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649, de 1988, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)" (fls. 102).

19. Portanto, não cabe razão ao requerente quando afirma que o decreto impugnado regulamenta diretamente dispositivo constitucional, configurando-se como decreto autônomo e invadindo esfera reservada à lei.

20. Nesse ponto, vale transcrever as assertivas levantadas pela Adv. Gen. da União:

"(...) o Decreto nº 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais, 2 Ibidem, p. 31 não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente." (fls. 106)

21. Dessa forma, tendo em vista os argumentos acima delineados, não se pode afirmar que existe inconstitucionalidade formal na norma impugnada. Nesse aspecto, propugna-se pela regularidade formal do Decreto nº 4.887/2003.

22. Em relação ao aspecto material, impugna o requerente o art. 13 do Decreto nº 4.887/2003, que prescreve a realização de desapropriação pelo INCRA no caso de as terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos localizarem-se em área de domínio particular. Assim dispõe o art. 13:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por

nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1o Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editais do art. 7o efeitos de comunicação prévia.

§ 2o O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

23. Afirma o requerente que, de acordo com o art. 68 do ADCT, a propriedade das terras decorre diretamente da Constituição, não podendo o Poder Público promover desapropriações. Em suas próprias palavras, "não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos". Outrossim, a hipótese de desapropriação não se enquadraria em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5o, inciso XXIV, da Constituição.

24. Não possui razão o requerente. No caso de a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, não só será possível, como necessária a realização de desapropriação. Nesse sentido, o estudo realizado por CARLOS ARI SUNDFELD3 é enfático:

"Para nós, quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. Nesse aspecto, não convence o já mencionado Parecer SAJ n 1.490/2001 da Casa Civil, segundo o qual não seria possível cogitar-se de 'desapropriação' de tais terras. O raciocínio do parecer foi no sentido de que a Constituição teria, tão somente, reconhecido um direito de propriedade pré-existente dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Segundo a conclusão do parecer, qualquer atuação do Poder Público para desapropriar terras particulares com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT seria ilegal e caracterizaria ato de improbidade administrativa, uma vez que a comunidade já teria um direito preexistente decorrente da posse prolongada, contínua, pacífica e cum animo domini...".

Diversamente, acreditamos ser possível e, principalmente necessária, a prévia desapropriação de terras particulares em benefício dos remanescentes das comunidades dos quilombos que as estiverem ocupando. Não se deve equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de 'posse permanente' das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombola de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito.

O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas, como sustentou o Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação.

Assim, no caso de a comunidade quilombola localizar-se em terra particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. O fundamento 3 Ibidem, p. 116-118. 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF desta desapropriação é constitucional e decorre diretamente do § 1º do seu art. 216, cuja disposição é: 'O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'.

É inequívoco que a proteção constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, mas também decorre dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O art. 216 da Constituição Federal declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais, tomados de forma individual ou coletiva, que reportem de alguma forma aos grupos formadores da sociedade brasileira. E, como grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215), as comunidades remanescentes de quilombos recebem a proteção jurídico-constitucional do dispositivo que, no seu § 1º, prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso de elas pertencerem a particulares, deve lançar mão do

processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1o da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1o, e será feito em benefício de comunidades quilombolas".

25.O requerente ainda aponta a existência de inconstitucionalidade em relação ao art. 68 do ADCT, pois o Decreto nº 4.888/2003, em seu art. 2o, elege o critério da autoatribuição (autodefinição da própria comunidade) para identificar os remanescentes das comunidades de quilombos. De acordo com o requerente, "resumir a identificação dos remanescentes a critérios de autodeterminação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país".

26.Aqui também o argumento do requerente não possui fundamento. Como bem explicitado pela Advocacia-Geral da União, "ao impugnar o Decreto nº 4.887, de 2003, quanto ao critério da auto-atribuição, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da autoatribuição eleito para identificar as comunidades quilombolas. A rigor, não há uma 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma controvérsia metodológica (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto nº 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito" (fls. 112).

27.No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos". Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, "os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções baseadas em julgamentos arbitrários, como a de remanescente de quilombo, ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição".(O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 18)

28.Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia como o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH5 chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros

diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos "sinais diacríticos", é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Como assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, "essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal". Assim, "em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos". Nesse caso, "apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata".⁶

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁷, acima citado: "(...) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejam a construção da categoria a que julgam pertencer. Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo."

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNARDINI DE ALMEIDA⁸:

"O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se definem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se auto-representam e quais os critérios políticoorganizacionais que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos

próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes.

Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia."

31. Em seguida, afirma o antropólogo:

"Não pode se impor o designio do partido, a vontade da ONG ou a utopia do mediador a uma situação real: ao contrário, há que partir das condições concretas e das próprias representações, das relações com a natureza e demais dos agentes sociais diretamente envolvidos para se construir os novos significados. No momento atual, para compreender o significado de quilombo e o sentido dessa mobilização que está ocorrendo, é preciso entender como é que historicamente esses agentes sociais se colocaram perante os seus antagonistas, bem como entender suas lógicas, suas estratégias de sobrevivência e como eles estão se colocando hoje ou como estão se autodefinindo e desenvolvendo suas práticas de interlocução. A incorporação da identidade coletiva para as mobilizações e lutas, por uma diversidade de agentes sociais, pode ser mais ampla do que a abrangência de um critério morfológico e racial. Ao visitarmos esses povoados, em zonas críticas de conflito, podemos constatar, por exemplo, que há agentes sociais de ascendência indígena que lá se encontram mobilizados e que estão se autodefinindo como pretos. De igual modo, podemos constatar que há situações outras em que agentes sociais poderiam aparentemente ser classificados como negros se encontram mobilizados em torno da defesa das chamadas terras indígenas. O critério de raça não estaria mais recortando e estabelecendo clivagens, como sucedeu no fim do século XIX. Esse é um dado de uma sociedade plural, do futuro, que deve ser repensado. Raça não seria mais necessariamente um fato biológico, mas uma categoria socialmente construída. Certamente que há um debate cotidiano em face de cada situação dessas ou a cada vez que o aparato administrativo e burocrático envia seus quadros técnicos para verificações in loco desses antagonismos. Mas seria um absurdo sociológico imaginar que alguns classificadores nostálgicos queiram tentar colocar 'cada um em seu lugar' tal como foi definido pelo nosso mito de três raças de origem, acionando também o componente da 'miscigenação' que equilibra as tensões inerentes ao modelo. Insistir nisso significa instaurar um processo de 'limpeza étnica', colocando compulsoriamente cada um no que a dominação define naturalmente como 'seu lugar'. (...) Certamente que a partir da consolidação de uma existência coletiva ou da objetivação do movimento quilombola tem-se uma força social que se contrapõe a essa classificação, isto é, passa a prevalecer a identidade coletiva acatada pelo próprio grupo em oposição às designações que lhe são extremamente atribuídas. Os recentes trabalhos de campo dos antropólogos têm indicado isso."

32. Portanto, como bem afirma O'DWYER, "em última análise, cabe aos próprios membros do grupo étnico se auto-identificarem e elaborarem seus próprios critérios de pertencimento e exclusão, mapeando situacionalmente as suas fronteiras étnicas".⁹

33. Esse é o critério adotado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para sua identificação (Vide Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004).

34. Ademais, o critério da auto-atribuição é complementado por outras regras disciplinadas pelo Decreto nº 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas (Vide arts. 3º a 10).

35. Além da inconstitucionalidade dos critérios de identificação das comunidades de quilombos, o requerente indica a incompatibilidade com o art. 68 do ADCT na forma como o decreto estipulou (art. 2º, §§ 2º e 3º) a caracterização das terras a serem reconhecidas a estas comunidades. A inconstitucionalidade estaria na excessiva amplitude dos critérios e na sujeição aos indicativos fornecidos pelas próprias comunidades interessadas.

36. Para o requerente, "parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição consolidam-se naquelas que, conforme estudos histórico-antropológicos, constatouse a localização efetiva de um quilombo. Desse modo, descabe, ademais, sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos. Trata-se, na prática, de atribuir ao pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida. Sujeitar a demarcação das terras aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição" (fls. 12).

37. Por isso, sustenta o requerente que "a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, o quilombo se formara" (fls. 12). ⁹ Op. cit. p. 24

38. Ocorre que tal critério, escolhido pelo requerente, e antes eleito como critério oficial pelo Decreto nº 3.912/2001 (revogado), foi alvo de intensas críticas de estudiosos sobre o tema. Sobre a questão, vale transcrever as críticas formuladas pelo Procurador da República WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG¹⁰, ao comentar o antigo Decreto nº 3.912/2001:

"O equívoco do decreto aqui [no art. 1º, parágrafo único, incs. I e II] é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do

ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombolas ainda após a abolição formal da escravatura, por (agora) ex-escravos (e talvez não apenas por estes) que não tinham para onde ir ou não desejavam ir para outro lugar. Então, as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888. Ademais, várias razões poderiam levar a que as terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência dos latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupado logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então, as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888. Tão arbitrária é a referência ao ano de 1888 que não se justifica sequer a escolha em termos amplos, haja vista que a Lei Áurea é datada de 13 de maio: fevereiro de 1888 não seria mais defensável do que dezembro de 1887. Não fosse por outro motivo, essa incursão no passado traria sérias dificuldades de prova, e seria um despropósito incumbir os remanescentes das comunidades dos quilombos (ou qualquer outro interessado) de demonstrar que a ocupação remonta a tanto tempo."

39. Como se vê, o critério que restringe as terras passíveis de titulação pelas comunidades quilombolas àquelas por estas ocupadas em 1888, adotado pelo já revogado Decreto nº 3.912/2001, é totalmente despropositado. Nesse sentido, o critério utilizado pelo Decreto nº 4.887/2003 parece ser mais compatível com os parâmetros eleitos pelos estudos antropológicos para definição das comunidades quilombolas e de seus respectivos espaços de convivência. Esta é a conclusão de CARLOS ARI SUNDFELDII:

"Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas.

Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W. B de Almeida: 'os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da roça coletivamente.

Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do território das comunidades quilombolas, à sua identidade coletiva. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais".

40. Portanto, a identificação das terras pertencentes aos remanescentes das comunidades de quilombos deve ser realizada segundo critérios históricos e culturais próprios de cada comunidade, assim como levando-se em conta suas atividades sócio-econômicas. A identidade coletiva é parâmetro de suma importância, pelo qual são determinados os locais de habitação, cultivo, lazer e religião, bem como aqueles em que o grupo étnico identifica como representantes de sua dignidade cultural. O critério estabelecido no Decreto nº 4.887/03 está de acordo com os parâmetros mencionados. 41. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.

(...)"

Com efeito, por força do disposto no texto constitucional de 1988, o artigo 68 do ADCT, inspirado no ideário que inaugura o Estado Brasileiro na Dignidade Humana e no respeito e tutela dos seguimentos sociais e éticos que compõem a diversidade da população brasileira, visando, ainda, à erradicação das desigualdades, assegurou aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, incumbindo ao intérprete dar ao mencionado preceito constitucional a sua plena eficácia, nos termos, também, do disposto nos artigos 215 e 216, § 5º, da CF/88, para que os integrantes das comunidades quilombolas possam continuar vivendo segundo as suas próprias tradições culturais, assegurando-se-lhes a efetiva participação em uma sociedade pluralista como é a nossa.

Consequentemente, ao se fixar o sentido do art. 68 do ADCT não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (Carlos Maximiliano, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata, como é o caso dos autos, de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de Pontes de Miranda, verbis:

"Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreeve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional." (In Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14)."

No tocante à utilização da desapropriação, eu homenageio o posicionamento da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, ainda que sem adotá-lo completamente. Manifestou-se a ilustre magistrada, que até bem pouco tempo acrescentou seu invulgar brilho aos trabalhos deste Tribunal, absolutamente contra a utilização da desapropriação para titulação dos quilombolas, porque, a seu sentir, o art. 68 do ADCT já outorga o título, *ipso facto* de tratar-se de remanescente de quilombo. Concordo com a assertiva de que o reconhecimento da propriedade e respectiva titulação emerge da situação fática de tratar-se de remanescente de quilombo. Mas entendo, *venia concessa*, que, na hipótese presente, a desapropriação nasce de interesse social. O remanescente de quilombola que está na posse de terras segundo o art. 68 tem direito à titulação direta; mas em lugar algum vejo proibido o uso pelo Poder Público da desapropriação para uma política pública de alto cunho social. É interesse social, sim, e como interesse social é que se faz a regulamentação por decreto, que absolutamente nada tem de autônomo. A transitoriedade do art. 68 do ADCT é explicada simplesmente porque se mandou titularizar; e, no momento em que foi outorgado o último título, esgota-se a necessidade do artigo. É transitório, é provisório por isso. Agora, jamais ficará obstaculizada a utilização da desapropriação por interesse social para uma política de reconhecimento de direitos em relação aos quilombolas. A Constituição determina que o Estado promova a titulação. O Estado está titulando. Se para tal escopo é necessário tolher direitos de terceiros de boa-fé, justo que se desaproprie e que se indenize. Preserva-se, assim, o quilombo como patrimônio cultural do país.

No que tange à sociedade tribal, estava lembrando aqui das verdadeiras guerras tribais que existem na África. De maneira nenhuma tribo é uma coisa só de

índio. E vou dizer mais: quando precisaram, foram buscar não só nas fazendas, mas também nos quilombos, os Lanceiros Negros.

De qualquer modo, não vejo absolutamente essa inconstitucionalidade, não vejo também por que eu haveria de vincular o meu entendimento ao entendimento do ilustre Cezar Peluso, uma vez que foi um voto emitido dentro de um julgamento que ainda não se complementou, e cujo resultado pode ser diverso daquele proposto pelo eminente Ministro.

Peço vênia para divergir e voto pela constitucionalidade do decreto.

Ante o exposto, voto no sentido de **rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.**

É o voto.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

VOTO DIVERGENTE

Concessa maxima venia, dirirjo da eminente Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, porquanto se me afigura que o artigo 68 do ADCT da Constituição da República Federativa do Brasil consiste em norma constitucional autoaplicável, não dependendo, em absoluto, de regulamentação infraconstitucional alguma. Isto porque tal norma contém em si todos os elementos necessários para sua aplicação direta, sem existir pontos pendentes e sem ter ela pedido expressamente regulamentação.

É o próprio texto constitucional que atribui aos remanescentes de quilombos a propriedade das terras ocupadas na data da promulgação da Carta Magna. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não se limitou a ordenar ao Estado que adotasse as medidas necessárias à transferência da propriedade às comunidades étnicas em questão, tendo ido além, ao conferir diretamente aos remanescentes dos quilombos a titularidade do domínio sobre terras tradicionalmente ocupadas.

Ademais, segundo enunciado pela própria Carta da República, em seu artigo 5º, § 1º, as normas definidoras de direitos individuais têm aplicabilidade imediata, e o artigo 68 do ADCT é um autêntico e irrefutável direito fundamental,

consoante o vaticínio do Procurador Regional da República Daniel Sarmiento, que atua junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

(...) Uma das principais conquistas do movimento negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao texto magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (...)

O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação.

Por outro, cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violações de direitos.

Porém, o principal objetivo do art. 68 do ADCT é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, ligadas a um passado de resistência à opressão, os quais, privados do território em que estão assentados, tenderiam a desaparecer, absorvidos pela sociedade envolvente. Para os quilombolas, a terra habitada, muito mais do que um bem patrimonial, constitui elemento integrante da sua própria identidade coletiva, pois ela é vital para manter os membros do grupo unidos, vivendo de acordo com os seus costumes e tradições.

*Por tudo isso, **pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT encerra um verdadeiro direito fundamental** e desta sua natureza resultam consequências hermenêuticas extremamente relevantes, como será exposto mais adiante.*

Neste ponto, cumpre recordar que o catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II do texto constitucional brasileiro é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Daí porque, é possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. E o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua

ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da qual aqueles direitos são irradiações.

Ora, o vínculo entre a dignidade da pessoa humana dos quilombolas e a garantia do art. 68 do ADCT é inequívoco. Primeiramente, porque se trata de um meio para a garantia do direito à moradia (art. 6º, CF) de pessoas carentes, que, na sua absoluta maioria, se desalojadas das terras que ocupam, não teriam onde morar. E o direito à moradia integra o mínimo existencial, sendo um componente importante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas não é só. Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica.

Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, absorvido pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir. Dessa forma, não é exagero afirmar que quando se retira a terra de uma comunidade quilombola, não se está apenas violando o direito à moradia dos seus membros. Muito mais que isso, se atenta contra a própria identidade étnica destas pessoas. Daí porque, o direito à terra dos remanescentes de quilombo é também um direito fundamental cultural (art. 215, CF).

Neste ponto, não é preciso enfatizar que o ser humano não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior.

Por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.

Assim, é possível traçar com facilidade uma ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana - epicentro axiológico da Constituição de 88 - com o art. 68 do ADCT, que almeja preservar a identidade étnica e cultural

dos remanescentes de quilombos. Isto porque, a garantia da terra para o quilombola é pressuposto necessário para a garantia da sua própria identidade.

Não bastasse, não é apenas o direito dos membros de cada comunidade de remanescentes de quilombo que é violado quando se permite o desaparecimento de um grupo étnico. Perdem também todos os brasileiros, das presentes e futuras gerações, que ficam privados do acesso a um "modo de criar, fazer e viver", que compunha o patrimônio cultural do país (art. 215, caput e inciso II, CF).

Neste ponto, cabe destacar que a proteção à cultura dispensada pela Constituição de 88 parte da premissa de que o pluralismo étnico e cultural é um objetivo da máxima importância a ser preservado e promovido, no interesse de toda a Nação. Diferentemente das Constituições anteriores, a Carta de 88 não partiu de uma visão "monumentalista" sobre o patrimônio histórico e cultural, integrando-o antes em uma compreensão mais ampla, que se funda na valorização e no respeito às diferenças, e no reconhecimento da importância para o país da cultura de cada um dos diversos grupos que compõem a nacionalidade brasileira.

Portanto, pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT, além de proteger direitos fundamentais dos quilombolas, visa também à salvaguarda de interesses transindividuais de toda a população brasileira.

Por tais razões, é legítimo concluir que o art. 68 do ADCT contém autêntica norma consagradora de direito fundamental, o que torna inequívoca a incidência do disposto no art. 5º, § 1º, do texto magno, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

Tal comando implica, antes de tudo, que os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos. Tratando-se de direito fundamental, a própria Constituição pode ser invocada diretamente, independentemente da edição de lei regulamentadora. Em outras palavras, a inércia do legislador não tem o condão de frustrar a possibilidade de fruição imediata do direito fundamental pelo seu titular.

Ademais, cumpre destacar que o texto do art. 68 do ADCT é suficientemente denso, de molde a permitir a sua aplicação imediata, na medida em que já indica o titular do direito consagrado (os remanescentes das comunidades de quilombos), o seu devedor (o Estado), o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos).

Portanto, e passados já dezenove anos da data da promulgação da Constituição, não há qualquer argumento razoável para se negar a aplicabilidade imediata de norma constitucional tão importante, voltada à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria étnica historicamente estigmatizada. (...)

Mister se faz ressaltar, como registrado pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, ao manifestar-se, enquanto custos legis, nos autos da própria ADI nº 3239 (em também debatida a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003), que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque, prossegue o parecerista, trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

Nesta exata linha de intelecção, o seguinte aresto do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO CONDENAR A UNIÃO E INCRA CONCLUÍREM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO E TITULAÇÃO DE TERRAS OCUPADAS PELA COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBO LAGOA DA PEDRA EM ARRAIAS-TO. (...) AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 68 DO ADCT. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE POLÍTICA OU ADMINISTRATIVA QUANTO AO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE DIREITO CONFERIDO PELO CONSTITUINTE DE 1988 ÀS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ELAS NA DATA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. (...)

(...)

8. Mérito. Auto-aplicabilidade do art. 68 do ADCT e conseqüentemente constitucionalidade do Decreto 4.887/2003. A Constituição de 1998 assegurou aos remanescentes de quilombos o direito de ver reconhecida a propriedade das terras que ocupavam na data da promulgação dessa Carta Política: "Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

9. *A Constituição Federal assegura, no § 1º do art. 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Aos remanescentes de quilombos foi garantida a propriedade das terras que ocupam e ocupavam seus ancestrais, africanos e afrodescendentes sobreviventes da escravidão que perdurou 400 (quatrocentos) anos. Trata-se de direito fundamental, ex vi da norma do art. 5º, § 1º, da CF/88.*

10. *A efetivação do art. 68 do ADCT não depende de juízo político do Congresso Nacional nem está sujeita, no que tange ao direito consagrado pelo Constituinte de 1988, ao poder discricionário da Administração. Discricionariedade política (ato de Congresso) e/ou administrativa existe quando uma norma, para sua aplicabilidade concreta, admite a emissão de um juízo político ou técnico administrativo para a constituição de um direito. O legislador da Constituição de 1988 decidiu que "aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos". A efetivação do direito conferido no art. 68 do ADT não está sujeito a deliberação política do Congresso Nacional e da Administração. A decisão política sobre o reconhecimento do direito à titulação das terras pelos descendentes das comunidades quilombolas foi tomada pelo Constituinte.*

(...)

21. *Apelação do MPF parcialmente provida. (TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC nº 0015813-88.2009.401.4300, Rel.ª Des.ª Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 07.11.2012).*

Ora, o que o Decreto nº 4887/2003 regulamentou não foi o direito fundamental reconhecido pelo artigo 68, mas, sim, o processo administrativo de reconhecimento de tal direito. Reitera-se: o artigo 68 independe de regulamentação, razão pela qual o aventado Decreto não pode ser tido como regulamento autônomo (cujas hipóteses encontram-se previstas no artigo 84, VI, da CRFB), e, mesmo que o fosse, a jurisprudência pátria tem admitido a sua utilização, como demonstram os precedentes citados no memorial apresentado pela Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (v.g. ADC-MC nº 12/DF e ADPF nº 101/DF).

Ante o exposto, voto por **rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.**

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ

VOTO-VISTA

Senhor Presidente:

Face à complexidade da matéria, pedi vista dos autos.

Após minucioso exame, devolvo o processo para o prosseguimento do julgamento.

Segundo a maioria dos estudiosos do direito constitucional, o controle de constitucionalidade de leis é uma criação da jurisprudência norte-americana.

O Professor Alfredo Buzaid, em alentado estudo, diz:

"A idéia de atribuir ao Judiciário a competência para negar aplicação às leis, consideradas inconstitucionais, é, segundo a doutrina dominante, uma criação original do direito público norte-americano." (BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta, Saraiva, São Paulo, 1958. p. 15)

Há autores, entretanto, e o Ministro Buzaid é um deles, que já constatarem o surgimento de um mecanismo de controle de constitucionalidade de leis no direito inglês, por ocasião da Revolução Puritana. É dessa época a doutrina Coke:

"Já outros remontam a origem da idéia aos tempos da Revolução Puritana, feita na Inglaterra, ou, melhor, aos arts. 24 e 38 do 'Instrument of Government' e à conhecida doutrina de E. Coke. O 'Instrument of Government', tido como primeiro e único documento constitucional da Inglaterra, preceitua no art. 38: 'Todas as leis, estatutos, ordenanças ou cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenança, em contrário à liberdade de consciência, serão nulos e írritos.' A doutrina de Coke manifestava uma oposição às tendências expansionistas de Jaime I. Coke sustentou com vigor que o juiz pode declarar nula uma lei, ou porque seja contra a razão e o direito natural, ou porque usurpe prerrogativas reais." (BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta, Saraiva, São Paulo, 1958. p. 15)

Rui Barbosa, na sua clássica obra "Os Atos Inconstitucionais", aponta a magnitude desse instituto criado pelo direito público norte-americano:

"a democracia americana não se contenta de presumir-se contra seus representantes: presume-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infiéis; abriga as nações contra as maiorias populares." (BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal, Companhia Imprensa, Rio de Janeiro, 1893. p. 34)

Para Rui, "os organizadores da Constituição executada por Washington e Marshall compreenderam que, assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade. 'Ser soberano, sem ser déspota' era o problema." (BARBOSA, Rui. *Op. cit.* p. 36)

Segundo o Ministro Cândido Mota F^o, a segurança do próprio federalismo norte-americano estaria assegurada pela supremacia judiciária assegurada à Constituição. Esse autor traz a lição de Schmitt, em que este considera que

*"os tribunais americanos constituem verdadeira exceção na história constitucional, defendem princípios gerais e se erigem em protetores e defensores da ordem social e econômica." (MOTA, F^o, C. A Evolução do Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil. *Rev. Forense*, vol. 86, 1941, p. 274)*

O caso Marbury v. Madison, julgado por Marshall, constitui um marco na história do direito constitucional, em especial, no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis. Antes dele, já havia uma tradição de subordinação de todas as normas legislativas à Constituição.

*"Foi porém em 1803, quando se verificou a decisão de Marshall no caso Marbury v. Madison, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidade, que o princípio se firmou." (CAVALCANTI, T.B. Do Controle da Constitucionalidade. Rio. *Forense*, 1966. p. 51)*

Esse caso consistiu no seguinte: no fim do governo do Presidente Adams, William Marbury foi por aquele nomeado para o cargo de Juiz de Paz no Distrito de Colúmbia, nomeação essa que o Senado confirmou. O ato foi firmado pelo Presidente com todas as formalidades legais. No governo de Jefferson, Marbury apelou para o Secretário de Estado, Madison, para que efetivasse aquela nomeação com investidura e posse. Jefferson, no entanto, determinou que se retivesse a nomeação de Marbury. Foi então que este requereu à Suprema Corte a expedição de um mandamus contra Madison para assumir o cargo. Esses foram, em linhas gerais, os fatos que antecederam aquele histórico julgamento. Agora, convém reproduzir as partes mais importantes da histórica decisão de Marshall:

"Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; Se a segunda parte é verdadeira, então as constituições são tentativas absurdas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma constituição escrita deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível.

Essa teoria adere essencialmente às constituições literais e deve conseqüentemente ser tida e havida por esse tribunal como um dos principais fundamentos da nossa sociedade. Não se deve, portanto, perdê-la de vista no ulterior exame desta causa.

Se nula é resolução da legislatura inconciliável com a constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fôsse lei? Fôra subverter o fato o que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo bastantemente crasso para ser defendido. Contudo, terá mais acurado exame.

Enfaticamente é a província e o dever do poder judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; Se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juízes e os tribunais devem fechar os olhos para a constituição e só fitá-los na lei." (John Marshall, Complete Constitutional Decisions, Callaghan & Co., Chicago, 1903, pp. 32/4))

O Professor Celso Bastos faz um resumo dos pontos capitais da doutrina de John Marshall:

"sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, e muito menos vincula o Poder Judiciário à sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre

lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor de outra. Diante de tal dilema, espousa a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei Constitucional, que é superior a qualquer outro ato praticado sob sua vigência." (BASTOS, Celso. Perfil Constitucional da ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. Rev. de Dir. Púb. v. 22, p. 88)

No mesmo sentido pronunciou-se o então Ministro da Justiça Campos Salles, ao fazer a exposição de motivos do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal no Brasil:

"O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda condição de juiz em sua própria causa." (SALLES, Campos. Decretos do Governo Provisório. p. 2.738).

São unânimes os estudiosos do direito público brasileiro em afirmar que não havia um controle de constitucionalidade de leis no Brasil sob a vigência da Constituição Imperial de 1824,

"visto que outorgou ao Poder Legislativo um amplo predomínio no campo das tarefas relacionadas com o ordenamento jurídico, porquanto a ele incumbia fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las e, ainda, velar pela guarda da Constituição, consoante preceitos contidos nos itens VIII e IX do art. 15." (PATTERSON, Min. Willian A. Controle da Constitucionalidade das Leis. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 8, nº 20, 1978, p. 61).

Portanto, só se pode falar em controle de constitucionalidade de leis por ocasião da proclamação da República e, conseqüentemente, com o surgimento da Constituição de 1891, graças à valiosa contribuição de Rui Barbosa, que consagrou o controle de constitucionalidade de lei por via de exceção, inspirado no direito constitucional norte-americano.

No entanto, conforme relata Anhaia de Mello,

"de Pedro II, que teria recomendado a Salvador de Mendonça em maio de 1889, na presença do Cons. Lafayette, o estudo nos Estados Unidos, da organização da Córte Suprema, que lhe parecia o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana e cuja adoção no Brasil poderia substituir o Poder Moderador, na crise já antevista." (MELLO, Anhaia

de. Controle da Constitucionalidade das Leis. Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 20. p. 255).

A Constituição Provisória de 1890, no seu art. 58, § 1º, "a" e "b", ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do poder público. No mesmo ano, o Decreto 848, que instituiu e organizou a Magistratura Federal no Brasil, fixou importantes princípios na matéria em questão.

O art. 3º do mencionado decreto estabelecia que: "Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte." Consagrou, portanto, o controle por via de exceção. Outra importante inovação deste decreto, refere-se ao seu art. 9º que, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispõe, no § 1º, "a" e "b", de forma igual à Constituição Provisória.

Na exposição de motivos, redigida pelo então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, ao referir-se à Magistratura Federal, disse:

*"A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um elemento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica." (SALLES, Campos. *Op. cit.* p. 2.738).*

A Constituição de 1891 reproduziu no art. 59, § 1º, "a" e "b", as ideias da Constituição Provisória de 1890. Com a Revolução de 1930 foi suprimida a Constituição de 1891 e, com 1934, adveio uma nova Constituição. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis, esta Constituição trouxe três inovações: 1ª) Manteve no seu art. 76, III, "b" e "c", as disposições da Constituição anterior, mas determinou, no seu art. 179 que, a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros; 2ª) No art. 91, nº IV, atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Essa inovação acarretou, no dizer do Professor Celso A. Barbi, de "dar efeitos 'erga omnes' a uma decisão proferida apenas 'interpartes'. Politicamente, a fórmula encontrada era hábil porque deixava de violar o princípio da independência dos poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo." 3ª) No caso de intervenção federal, segundo o art. 12, § 2º, dependeria de manifestação do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador Geral da República, e de haver o Supremo Tribunal

Federal declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção; o Professor Celso Barbi observa, com propriedade, que essa hipótese não chega a configurar-se em um controle de constitucionalidade por via de ação direta e, também difere do controle por exceção, *verbis*:

"Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns." (BARBI, C.A. Evolução do Controle da Constitucionalidade, in Revista de Dir. Público, vol. 4, 1968. p. 38).

Com o golpe de Estado de 1937 e, conseqüentemente, a implantação do Estado Novo, surge a Carta de 1937, que significou um retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade de leis. No art. 101, III, "b" e "c", foram mantidos os princípios vigorantes na Constituição de 1891 e a exigência para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de maioria da totalidade de seus membros (art. 96). No entanto, o parágrafo único do art. 96 introduziu a regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que a juízo do Presidente da República fôsse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se esse confirmasse pelo voto de dois terços de seus membros em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Portanto, tratava-se de um nítido retrocesso, não só em matéria de controle de constitucionalidade de leis, como também numa das mais importantes atribuições do Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 restabeleceu as inovações da Constituição de 1934, no tocante ao controle de constitucionalidade de leis, mas trouxe uma importante inovação: o parágrafo único do art. 8º da Constituição dizia que, no caso de ocorrer a intervenção baseada no inciso VII do art. 7º, a decretação da intervenção ficava condicionada à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador Geral da República. Era a introdução, no sistema constitucional brasileiro, do controle de constitucionalidade através de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A ação direta, prevista na Constituição de 1946, não tinha a amplitude que tem hoje, pois, no dizer do Ministro Themistocles Cavalcanti, estava condicionada a dois princípios fundamentais:

"a) os atos ali mencionados devem ser de poderes e autoridades estaduais; b) tenham atingido algum dos princípios enumerados no art. 7º, VII, da Constituição Federal." (CAVALCANTI, T.B. Do Controle da Constitucionalidade, Forense, Rio, 1966. p. 136).

Segundo o Ministro Buzaid, " função do Supremo Tribunal Federal não é decidir a inconstitucionalidade em tese, mas sim julgar um ato em hipótese, oriundo de uma situação, que pode autorizar a intervenção federal." A ação direta, em tese, só veio a surgir com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965. (BUZAID, Alfredo. Op. cit. p. 111).

O Ministro Themistocles Cavalcanti, na sua obra sobre o Controle da Constitucionalidade, faz a distinção entre a "ideia embrionária" de ação direta na Constituição de 34 e a ação direta na Constituição de 1946:

"A Constituição de 1934, depois de enumerar esses princípios (art. 7º) atribuía ao Congresso competência para decretar a intervenção quando verificasse a sua violação pelos Estados. Dava ao Procurador Geral da República, porém, competência para submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal não o ato estadual, mas a lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se não se pode contestar de um modo absoluto que a Constituição de 1934 houvesse criado a arguição direta, por outro lado, a hipótese se apresentava com possibilidades muito longínquas de aplicação efetiva e como última etapa de um longo processo de intervenção, cuja eficácia política teria largas oportunidades de se diluir no tempo.

Ainda mais, o que estaria em julgamento não seria o ato do governo estadual em face da Constituição mas a legitimidade da intervenção decretada pelo Congresso, em face da mesma Constituição. O que se procurou corrigir foi o excesso do poder federal e não o ato do governo estadual tendo-se em vista a enumeração constitucional dos princípios feita na própria Constituição.

Não há negar, porém, que se tratava de arguição direta." (Op. cit., pp. 102 e 103).

Celso Bastos, na sua obra Elementos de Direito Constitucional, assinala, *verbis*:

"A introdução pela emenda nº 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquele de processar e julgar originariamente representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade

de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiram anteriormente.

Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconveniente, torna-se então possível."

A Constituição de 1967, reproduziu todos os artigos da de 1946 e da Emenda 16, no que concerne ao controle da constitucionalidade de lei. No art. 114, I, "I", está prevista a ação direta. A Emenda nº 1, de 1969, não inovou nessa matéria, limitando-se a reproduzir as normas que disciplinavam a matéria na Constituição de 1967. No entanto, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a chamada "Reforma do Poder Judiciário", trouxe uma inovação ao acrescentar a alínea "p" ao inciso I do art. 119 da Constituição Federal: a concessão de medida cautelar na ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o alcance do controle concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103 da CF/88).

Em precioso estudo, assinala Albert Bourgi, *verbis*:

"Les Constitutions sont désormais perçues pour ce qu'elles sont, pour ce qu'elles auraient toujours dû être : le fondement de toute activité étatique. C'est à partir des nouvelles règles qu'elles sont venues poser, et des compétences qu'elles ont fixées, que la vie politique s'ordonne et que les différents scrutins sont organisés. Cette réalité tranche avec la désinvolture que les dirigeants affichaient jusque là à l'égard des textes considérés au mieux comme des concessions faites au discours sur la légalité constitutionnelle attendu par les bailleurs de fonds internationaux, au pire comme de simples faire valoir juridiques.

Dans un contexte de «juridicisation des débats politiques», l'affirmation constitutionnelle des droits et libertés des citoyens prend un autre relief. Au-delà de la charge symbolique de telle ou telle disposition constitutionnelle (comme par exemple celle qui reconnaît «le droit de désobéissance et de résistance des citoyens à l'égard d'une autorité illégitime issue d'un coup d'État»), les articles relatifs à la protection des Droits de l'homme, comme ceux concernant les mécanismes prévus pour en assurer le respect, participent de la confiance désormais placée dans la norme juridique." ("L'évolution du Constitutionnalisme : du formalisme à l'effectivité", in Revue Française de Droit Constitutionnel, n° 52/725-6).

Feita essa introdução, impõe-se o exame da competência do Judiciário na ordem constitucional vigente.

Cabe, pois, ao Poder Judiciário, em missão que lhe confere o Constituinte, o exame da alegada violação ao texto da Carta Magna, ou seja, se o legislador observou os princípios insculpidos no art. 37 da CF/88.

A respeito, leciona Bernard Schwartz, in Commentary on the Constitution of the United States - The Rights of Property, the Macmillan Company, New York, 1965, pp. 2/3, *verbis*:

"The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power."

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

"All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are "irritum et insane" - null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits." (In The Constitution of the United States, Callaghan & Co., Chicago, 1899, pp. 66/7, § 54)

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, *verbis*:

"The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution." (In The Works of Daniel Webster, Little, Brown and Company, Boston, 1853, v. I, p. 331)

No regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, *verbis*:

"L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution." (In Les Grands Textes Administratifs, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

Trata-se, pois, de caso típico de exame da legalidade da ação da Administração pelo Poder Judiciário.

Vale a pena reproduzir uma decisão do Juiz Warren, quando presidia a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao salientar a importância dessa prerrogativa da mais alta Corte daquele país:

"Todos temos consciência da gravidade do ataque inevitavelmente desfechado toda vez que impugnamos a constitucionalidade de um ato do Legislativo... Mas um juramento nos obriga a defender a Constituição. O Judiciário tem o dever de zelar pelas garantias constitucionais que protegem os direitos dos cidadãos... Os dispositivos da Constituição não são adágios que o tempo desgasta, ou fórmulas vazias que se repetem sem se compreender. São princípios vitais, fórmulas vivas, que autorizam e limitam os poderes do Governo em nossa Nação. São as regras mesmas desse Governo. Se a constitucionalidade de um ato do Congresso é contestada nesta Côrte,

cumpre-nos aplicas essas regras... Se não o fizermos, as palavras da Constituição se tornarão apenas bons conselhos. É preciso agir com cautela, conforme o conselho de nossos antecessores. Mas é preciso agir. Não podemos fugir à ingrata responsabilidade de julgar...". (Voto mencionado na introdução da edição brasileira de "A Suprema Corte e a Constituição", Charles A. Beard, Rio, Ed. Forense, 1965. p. 18.)

Em conseqüência, o Supremo, através de seus ministros, quando decide sobre matéria constitucional está decidindo sobre matéria política. Nesse sentido é oportuno lembrar trechos do discurso proferido pelo saudoso Francisco Campos por ocasião da reabertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, em 1937, oportunidade em que exercia a função de Ministro da Justiça do Governo de Getúlio Vargas:

"Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do governo. Sois o juiz dos limites do poder do governo, e, decidindo sobre o seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou o de anular... Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos... O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la..." (In Revista Forense, vol. 86. p. 695 e 696)

Cândido Mota F^o, em artigo publicado na Revista Forense, refere a lição de João Mendes, nestes termos:

"Pois João Mendes não chama o Poder Judiciário, 'o mais elevado poder político?' Para ele, o indivíduo, quando provoca o Poder Judiciário, quer na jurisdição federal, quer na jurisdição estadual, invoca a Nação."

(MOTA F^o, Cândido. A Evolução do Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil. Revista Forense, vol. 86. p. 279)

Idêntica a posição de Castro Nunes:

"A interpretação constitucional é, como sabeis, eminentemente política. Política nas suas inspirações superiores e na sua repercussão."(NUNES, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário, Forense, Rio, 1943, p. 597)

Concluindo, o Supremo, ao decidir a constitucionalidade de uma lei, está exercendo uma das mais relevantes de suas prerrogativas, pois, nesse momento, está acima dos demais poderes que constituem a República e, garantindo contra esses mesmos poderes, inclusive o Judiciário, a Lei Maior, ou seja, a Constituição. Tão relevante é essa prerrogativa do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal, que certos doutrinadores norte-americanos a qualificaram de um verdadeiro "veto judicial".

No que concerne ao procedimento da arguição de inconstitucionalidade, consoante dispõe o art. 97 da CF/88, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Essa norma, no Brasil, tem origem na Constituição de 1934 (art. 179), sendo, posteriormente, repetida nas Constituições de 1937 (art. 96), de 1946 (art. 200), de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 116), e na vigente, de 1988, em seu art. 97.

O procedimento estabelecido na Constituição, que diz com o modo de julgamento do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, adveio do direito norte-americano, onde se conferiu ao juiz de primeira instância o poder de declarar a inconstitucionalidade, exigindo-se, porém, por meio de construção da doutrina e da jurisprudência, no julgamento pelos tribunais, a presença da totalidade de seus membros, de modo a evitar que em questão de tal gravidade, e mesmo em homenagem ao princípio da separação e harmonia dos Poderes, tão caro à democracia daquele País, fosse reconhecida a incompatibilidade de uma lei com a Constituição pela maioria simples ou ocasional.

Nesse sentido, o depoimento de Nerincz, em seu estudo clássico acerca da organização judiciária americana, quando noticia que "tratando-se de apreciar a constitucionalidade de uma lei federal, a Corte Suprema estabeleceu que se não invalidasse a lei senão pela maioria do número completo dos juízes reunidos in a full bench e somente quando a oposição entre a Constituição e a lei era tal que o magistrado devia convencer-se da sua inconstitucionalidade" (In L'Organisation Judiciaire aux États-Unis, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909, pp. 45/6).

Nesse sentido, também, a lição de Cooley, verbis: "*In view of the considerations which have been suggested, the rule which is adopted by some courts, that they will not decide a legislative act to be unconstitutional by a majority of a bare quorum of the judges only, - less than a majority of all - but will instead postpone the argument until the bench is full, seems a very prudent and proper precaution to be*

observed before entering upon questions so delicate and so important" (In Constitutional Limitations, 7ª ed., Boston, 1903, p. 203, I)

A Suprema Corte - relata Willoughby - assentou que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria do tribunal pleno.

É o seu magistério, verbis: "*... the court has made it a rule not to render a decision invalidating a legislative act, unless it to be concurred in by a majority, not of judges sitting, as is the usual rule, but of the entire bench*" (Westel W. Willoughby, in The Supreme Court Of The United States, Baltimore, The Hopkins Press, 1890, p. 39).

Revelando a observância desses princípios pelos diversos Estados da Federação Americana, noticia-nos John Mabry Mathews, verbis: "*... it has happened, in an appreciable number of cases, that legislative acts are declared unconstitutional by a bare majority of the court. The fact that there is a large dissenting minority would seem to cast some doubt upon the invalidity of the act. (...) In order to check this tendency, some states have adopted express constitutional limitations designed to curb the unrestricted power of the courts to declare legislative acts unconstitutional. Thus, in Ohio and North Dakota, having seven and five judges can be declared unconstitutional only by the concurrence of six and four judges, respectively. (...) In states where the supreme courts may meet in separate divisions for the decision of ordinary cases, it is usually the rule that cases involving the constitutionality of laws can only be decided by a majority of the full bench*" (In American State Government, D. Appleton and Company, New York, 1931, pp. 487/8).

Diverso não é o sistema que prevalece no direito constitucional europeu.

Ao comentar o procedimento de julgamento perante a Corte Constitucional da Itália, anota Enrico Redenti, verbis: "*Non c'è un numero fisso di giudici per la composizione del collegio decidente (o ..., delibante), come c'è per gli uffici giudicanti della magistratura ordinária, ma c'è un numero minimo (almeno undici, compreso il presidente o il suo ff. : art. 16 della legge ord. 11 marzo 53). Non pare sia ammessa se non de facto la astensione; esclusa la ricusazione (art. 16 delle norme integrative). L'assenza dovrebbe esser giustificata. Possono concorrere alle deliberazione solo i giudice che siano stati presenti a tutte le udienze. In caso di parità di voti prevale quello del presidente.*" (In Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957, p. 70, n 49).

Ou seja, consoante observa Redenti, não há número fixo de juízes para a composição do colégio julgador, como ocorre para a função judicial da magistratura

ordinária. Entretanto, exige-se um número mínimo de pelo menos onze, inclusive o Presidente. Não parece ser admitida senão de fato a abstenção, estando excluída a recusa. A ausência deve ser justificada. Podem concorrer às decisões somente os juízes que estiverem presentes a todas as audiências. Em caso de paridade de voto, prevalece o do Presidente.

Não é diverso o magistério de Franco Pierandrei ("Corte Costituzionale", in Enciclopedia Del Diritto, v. X, p. 960).

Da mesma forma, de maneira semelhante ao direito italiano, dispõe o direito constitucional alemão, nos termos do magistério autorizado de Ernest Friesenhahn, verbis: "*Le decisioni sono pronunciate in linea di principio dalla maggioranza dei giudici che vi hanno preso parte. Nel caso di eguaglianza dei voti non è attribuito un voto preponderante al presidente. Da ciò si ricava che in caso di eguaglianza dei voti deve essere respinta la domanda proposta. In certi casi ciò potrebbe portare ad un risultato impossibile, poichè il risultato della controversia giuridica potrebbe dipendere dalla formulazione positiva o negativa della domanda. La legge stabilisce perciò che in caso di eguaglianza dei voti indifferentemente da come sia stata formulata la domanda, non può essere accertata una violazione della legge fondamentale o altro diritto federale. As decisões serão tomadas primordialmente pela maioria dos juízes que delas participaram. Havendo número idêntico de votos, não cabe ao Presidente o desempate. Decorre daí que, havendo empate na votação, o pedido deve ser rejeitado. Em certos casos, isso pode levar, porém, a resultado impossível, porque a solução da lide poderia depender da forma positiva ou negativa do pedido. Por isso determina a lei que, em caso de paridade de votos, tal como foi ajuizado o pedido, não pode ser declarada uma violação da Lei Fundamental ou de outro direito federal"* (In La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, Ristampa, Dott. A. Guiffirè Editore, Milano, 1973, p. 140, n. 13).

Ora, nos termos do art. 97 da Lei Maior, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público nos tribunais somente poderá ocorrer quando preenchidos dois pressupostos: 1º) haja votos acordes no reconhecimento da alegada inconstitucionalidade; 2º) que a soma dos votos acordes perfaça a maioria absoluta dos membros do tribunal, e não apenas dos juízes presentes à sessão de julgamento. Define-se a maioria absoluta como o número imediatamente superior à metade, na lição clara e precisa de Léon Duguit.

São suas palavras, verbis: "*La détermination de la majorité absolue peut présenter quelque difficulté. Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de ce nombre. Si les votants sont en nombre impair, la*

majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair immédiatement au-dessous: la majorité absolue de 1.001 est 501; et 501 est aussi la majorité absolue de 1.000." (In Traité de Droit Constitutionnel, Deuxième édition, E. de Boccard, Paris, 1924, t. 4º, p. 91).

Por conseguinte, somente o Plenário da Corte, ou seu órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/88, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Essa a jurisprudência pacífica do Eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 55.378, rel. Min. Thompson Flores, in Ementário 830 do STF; RE nº 88.160/RJ, rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 96/1.188; RE nº 90.569/RJ, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 99/273).

No mesmo sentido, o pensamento autorizado do Mestre Pontes de Miranda, in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590, verbis:

"Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica.

O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só a faz a respeito das regras legais ou de atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que se trata, é a regra geral. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer ilegal o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a ilegalidade, sem maioria absoluta dos membros do tribunal, e não se possa decretar a inconstitucionalidade desse mesmo ato, se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a ratio legis não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem os decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado."

Do exposto, estabelecidas essas premissas, e refletindo melhor acerca da relevante matéria constitucional pertinente ao deslinde do presente feito, reformulando posição anterior, convenci-me da legitimidade constitucional do Decreto nº 4.887/2003.

Ao transcrever o voto do eminente Ministro Luiz Fux, no RESP nº 931.060-RJ, anotou o Ministro Benedito Gonçalves, *verbis*:

"Os remanescentes das comunidades dos quilombos, por força da Constituição pós-positivista de 1988, ideário de nossa nação que funda o Estado Brasileiro na Dignidade Humana, no afã de construir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades, o que representa o respeito às diferenças, ostentam direito à justa posse definitiva que mantém, mercê de a mesma conferir-lhes o direito a titulação, consoante o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, verbis: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos." O Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e éticos que compõem a população brasileira. As garantias constitucionais, por essa razão, asseguram o respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça ligadas à proteção da cultura, com inclusão dos quilombolas, a teor dos artigos 215 e 216, § 5º, da Constituição Federal de 1988,

(...)

A ratio do mencionada dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas, para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando, igualmente, a efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Cuida-se de norma que tem como escopo à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação. Igualmente, a medida é reparatória, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.

(...)

A CR/88, ao consagrar o direito a terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo

que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, ressalte-se que a norma jurídica que impunha um critério temporal ao reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, o Decreto nº 3912/2001, foi revogada expressamente pelo art. 25 do Decreto nº 4887/2003, que trouxe como método de identificação deste grupo de pessoas o critério de auto-atribuição, associado a estudos antropológicos."

Nesse sentido, também, o valioso pronunciamento do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao emitir o seu parecer na ADIn nº 3.239/600-DF, cujos argumentos adoto, *verbis*:

"11. Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

12. Em primeiro lugar, deve ser analisada a regularidade formal da norma impugnada. Questiona-se se o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, poderia regulamentar diretamente, é dizer, sem a interposição de uma lei, o art. 68 do ADCT.

13. Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com a coordenação do Professor Dr. CARLOS ARI SUNDFELDI, esclarece a questão, quando demarca o sistema normativo que regulamenta o art. 68 do ADCT. De acordo com o estudo, o art. 68 do ADCT está devidamente regulamentado pela Lei nº 9.649/98 (art. 14, IV, "c") - que confere ao Ministério da Cultura competência para aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto - e pela Lei nº 7.668/88 (art. 2º, II e parágrafo único), que atribui à Fundação Cultural Palmares competência para realizar a identificação dos remanescentes das

comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação, bem como para figurar como parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. 1 SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Comunidades Quilombolas: Direito à Terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/ MinC/ Editorial Abaré, 2002, p. 22 e ss. 9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF

14. Assim dispõe a Lei nº 7.668/88 (com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, conferindo-lhe competências específicas:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no distrito Federal, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendolhe:

I - promover e apoiar eventos relacionados com os seus objetivos, inclusive visando à interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país;

II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, através do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros.

III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. (...)"

15. Por seu turno, a Lei nº 9.649/98 (também com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo-lhes as devidas competências, desta forma estabelece:

Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

IV - Ministério da Cultura:

(...)

c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto;"

16. Anteriormente ao Decreto nº 4.887/2003, a regulamentação das referidas leis era feita pelo Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que continha disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, "trata-se de decreto fundado expressamente nos dispositivos citados - art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88". 2

17. O Decreto nº 4.887/2003, ora impugnado, revogou expressamente o Decreto nº 3.912/2001 (art. 25), passando a figurar como a norma regulamentadora do art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88.

18. Assim, como bem ressaltou a d. Adv. Gen. da União, "o Decreto nº 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649, de 1988, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)" (fls. 102).

19. Portanto, não cabe razão ao requerente quando afirma que o decreto impugnado regulamenta diretamente dispositivo constitucional, configurando-se como decreto autônomo e invadindo esfera reservada à lei.

20. Nesse ponto, vale transcrever as assertivas levantadas pela Adv. Gen. da União:

"(...) o Decreto nº 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das

próprias leis federais, 2 Ibidem, p. 31 não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente." (fls. 106)

21. Dessa forma, tendo em vista os argumentos acima delineados, não se pode afirmar que existe inconstitucionalidade formal na norma impugnada. Nesse aspecto, propugnase pela regularidade formal do Decreto nº 4.887/2003.

22. Em relação ao aspecto material, impugna o requerente o art. 13 do Decreto nº 4.887/2003, que prescreve a realização de desapropriação pelo INCRA no caso de as terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos localizarem-se em área de domínio particular. Assim dispõe o art. 13:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

23. Afirma o requerente que, de acordo com o art. 68 do ADCT, a propriedade das terras decorre diretamente da Constituição, não podendo o Poder Público promover desapropriações. Em suas próprias palavras, "não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos". Outrossim, a hipótese de desapropriação não se enquadraria em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição.

24. Não possui razão o requerente. No caso de a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, não só será possível, como necessária a realização de desapropriação. Nesse sentido, o estudo realizado por CARLOS ARI SUNDFELD³ é enfático:

"Para nós, quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada

para que haja a nova titulação em nome da comunidade. Nesse aspecto, não convence o já mencionado Parecer SAJ n 1.490/2001 da Casa Civil, segundo o qual não seria possível cogitar-se de 'desapropriação' de tais terras. O raciocínio do parecer foi no sentido de que a Constituição teria, tão somente, reconhecido um direito de propriedade pré-existente dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Segundo a conclusão do parecer, qualquer atuação do Poder Público para desapropriar terras particulares com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT seria ilegal e caracterizaria ato de improbidade administrativa, uma vez que a comunidade já teria um direito preexistente decorrente da posse prolongada, contínua, pacífica e cum animo domini...".

Diversamente, acreditamos ser possível e, principalmente necessária, a prévia desapropriação de terras particulares em benefício dos remanescentes das comunidades dos quilombos que as estiverem ocupando. Não se deve equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de 'posse permanente' das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombola de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito.

O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas, como sustentou o Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação.

Assim, no caso de a comunidade quilombola localizar-se em terra particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. O fundamento 3 Ibidem, p. 116-118. 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF desta desapropriação é constitucional e decorre diretamente do § 1º do seu art. 216, cuja disposição é: 'O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'.

É inequívoco que a proteção constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, mas também decorre dos

arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O art. 216 da Constituição Federal declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais, tomados de forma individual ou coletiva, que reportem de alguma forma aos grupos formadores da sociedade brasileira. E, como grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215), as comunidades remanescentes de quilombos recebem a proteção jurídico-constitucional do dispositivo que, no seu § 1o, prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso de elas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1o da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1o, e será feito em benefício de comunidades quilombolas".

25.O requerente ainda aponta a existência de inconstitucionalidade em relação ao art. 68 do ADCT, pois o Decreto nº 4.888/2003, em seu art. 2o, elege o critério da autoatribuição (autodefinição da própria comunidade) para identificar os remanescentes das comunidades de quilombos. De acordo com o requerente, "resumir a identificação dos remanescentes a critérios de autodeterminação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país".

26.Aqui também o argumento do requerente não possui fundamento. Como bem explicitado pela Advocacia-Geral da União, "ao impugnar o Decreto nº 4.887, de 2003, quanto ao critério da auto-atribuição, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da autoatribuição eleito para identificar as comunidades quilombolas. A rigor, não há uma 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma controvérsia metodológica (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto nº 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito" (fls. 112).

27.No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos". Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, "os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções

baseadas em julgamentos arbitrários, como a de remanescente de quilombo, ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição".(O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 18)

28. Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia como o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH⁵ chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos "sinais diacríticos", é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Como assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, "essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal". Assim, "em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos". Nesse caso, "apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata".⁶

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁷, acima citado: "(...) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejavam a construção da categoria a que julgam pertencer. Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo."

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA⁸:

"O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações

em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se definem é elementar; porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se auto-representam e quais os critérios políticoorganizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes.

Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia."

31. Em seguida, afirma o antropólogo:

"Não pode se impor o designio do partido, a vontade da ONG ou a utopia do mediador a uma situação real: ao contrário, há que partir das condições concretas e das próprias representações, das relações com a natureza e demais dos agentes sociais diretamente envolvidos para se construir os novos significados. No momento atual, para compreender o significado de quilombo e o sentido dessa mobilização que está ocorrendo, é preciso entender como é que historicamente esses agentes sociais se colocaram perante os seus antagonistas, bem como entender suas lógicas, suas estratégias de sobrevivência e como eles estão se colocando hoje ou como estão se autodefinindo e desenvolvendo suas práticas de interlocução. A incorporação da identidade coletiva para as mobilizações e lutas, por uma diversidade de agentes sociais, pode ser mais ampla do que a abrangência de um critério morfológico e racial. Ao visitarmos esses povoados, em zonas críticas de conflito, podemos constatar, por exemplo, que há agentes sociais de ascendência indígena que lá se encontram mobilizados e que estão se autodefinindo como pretos. De igual modo, podemos constatar que há situações outras em que agentes sociais poderiam aparentemente ser classificados como negros se encontram mobilizados em torno da defesa das chamadas terras indígenas. O critério de raça não estaria mais recortando e estabelecendo clivagens, como sucedeu no fim do século XIX. Esse é um dado de uma sociedade plural, do futuro, que deve ser repensado. Raça não seria mais necessariamente um fato biológico, mas uma categoria socialmente construída. Certamente que há um debate cotidiano em face de cada situação dessas ou a cada vez que o aparato administrativo e burocrático envia seus quadros técnicos para verificações in loco desses antagonismos. Mas seria um

absurdo sociológico imaginar que alguns classificadores nostálgicos queiram tentar colocar 'cada um em seu lugar' tal como foi definido pelo nosso mito de três raças de origem, acionando também o componente da 'miscigenação' que equilibra as tensões inerentes ao modelo. Insistir nisso significa instaurar um processo de 'limpeza étnica', colocando compulsoriamente cada um no que a dominação define naturalmente como 'seu lugar'. (...) Certamente que a partir da consolidação de uma existência coletiva ou da objetivação do movimento quilombola tem-se uma força social que se contrapõe a essa classificação, isto é, passa a prevalecer a identidade coletiva acatada pelo próprio grupo em oposição às designações que lhe são extremamente atribuídas. Os recentes trabalhos de campo dos antropólogos têm indicado isso."

32.Portanto, como bem afirma O'DWYER, "em última análise, cabe aos próprios membros do grupo étnico se auto-identificarem e elaborarem seus próprios critérios de pertencimento e exclusão, mapeando situacionalmente as suas fronteiras étnicas".⁹

33.Esse é o critério adotado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para sua identificação (Vide Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004).

34.Ademais, o critério da auto-atribuição é complementado por outras regras disciplinadas pelo Decreto nº 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas (Vide arts. 3o a 10).

35.Além da inconstitucionalidade dos critérios de identificação das comunidades de quilombos, o requerente indica a incompatibilidade com o art. 68 do ADCT na forma como o decreto estipulou (art. 2o, §§ 2o e 3o) a caracterização das terras a serem reconhecidas a estas comunidades. A inconstitucionalidade estaria na excessiva amplitude dos critérios e na sujeição aos indicativos fornecidos pelas próprias comunidades interessadas.

36.Para o requerente, "parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição consolidam-se naquelas que, conforme estudos histórico-antropológicos, constatouse a localização efetiva de um quilombo. Desse modo, descabe, ademais, sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos. Trata-se, na prática, de atribuir ao pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida. Sujeitar a demarcação das terras aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição" (fls. 12).

37. Por isso, sustenta o requerente que "a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, o quilombo se formara" (fls. 12). 9 Op. cit. p. 24

38. Ocorre que tal critério, escolhido pelo requerente, e antes eleito como critério oficial pelo Decreto nº 3.912/2001 (revogado), foi alvo de intensas críticas de estudiosos sobre o tema. Sobre a questão, vale transcrever as críticas formuladas pelo Procurador da República WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG¹⁰, ao comentar o antigo Decreto nº 3.912/2001:

"O equívoco do decreto aqui [no art. 1o, parágrafo único, incs. I e II] é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombolas ainda após a abolição formal da escravatura, por (agora) ex-escravos (e talvez não apenas por estes) que não tinham para onde ir ou não desejavam ir para outro lugar. Então, as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888. Ademais, várias razões poderiam levar a que as terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência dos latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupado logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então, as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888. Tão arbitrária é a referência ao ano de 1888 que não se justifica sequer a escolha em termos amplos, haja vista que a Lei Áurea é datada de 13 de maio: fevereiro de 1888 não seria mais defensável do que dezembro de 1887. Não fosse por outro motivo, essa incursão no passado traria sérias dificuldades de prova, e seria um despropósito incumbir os remanescentes das comunidades dos quilombos (ou qualquer outro interessado) de demonstrar que a ocupação remonta a tanto tempo."

39. Como se vê, o critério que restringe as terras passíveis de titulação pelas comunidades quilombolas àquelas por estas ocupadas em 1888, adotado pelo já revogado Decreto nº 3.912/2001, é totalmente despropositado. Nesse sentido, o critério utilizado pelo Decreto nº 4.887/2003 parece ser mais compatível com os parâmetros eleitos pelos estudos antropológicos para definição das comunidades quilombolas e de seus respectivos espaços de convivência. Esta é a conclusão de CARLOS ARI SUNDFELD¹¹:

"Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas."

Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W. B de Almeida: 'os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da roça coletivamente.

Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do território das comunidades quilombolas, à sua identidade coletiva. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais".

40. Portanto, a identificação das terras pertencentes aos remanescentes das comunidades de quilombos deve ser realizada segundo critérios históricos e culturais próprios de cada comunidade, assim como levando-se em conta suas atividades sócio-econômicas. A identidade coletiva é parâmetro de suma importância, pelo qual são determinados os locais de habitação, cultivo, lazer e religião, bem como aqueles em que o grupo étnico identifica como representantes de sua dignidade cultural. O critério estabelecido no Decreto nº 4.887/03 está de acordo com os parâmetros mencionados. 41. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação."

Correto o parecer.

Com efeito, por força do disposto no texto constitucional de 1988, o artigo 68 do ADCT, inspirado no ideário que inaugura o Estado Brasileiro na Dignidade Humana e no respeito e tutela dos seguimentos sociais e éticos que compõem a diversidade da população brasileira, visando, ainda, à erradicação das desigualdades, assegurou aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, incumbindo ao intérprete dar ao mencionado preceito constitucional a sua plena eficácia, nos termos, também, do

disposto nos artigos 215 e 216, § 5º, da CF/88, para que os integrantes das comunidades quilombolas possam continuar vivendo segundo as suas próprias tradições culturais, assegurando-se-lhes a efetiva participação em uma sociedade pluralista como é a nossa.

Conseqüentemente, ao se fixar o sentido do art. 68 do ADCT não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (Carlos Maximiliano, *in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata, como é o caso dos autos, de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de Pontes de Miranda, *verbis*:

"Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreeve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional." (In Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14).

Outra não é a lição de um dos mais conceituados constitucionalistas norte-americanos, Henry Campbell Black, em obra clássica, *verbis*:

"Where the meaning shown on the face of the words is definite and intelligible, the courts are not at liberty to look for another meaning, even though it would seem more probable or natural, but they must assume that the constitution means just what it says." (In Handbook of American Constitutional Law, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 68).

Ademais, recorde-se a lição do saudoso Ministro Hannemann Guimarães ao julgar o RE nº 9.189, *verbis*:

"Não se deve, entretanto, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem

dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica."(In Revista Forense, v.127/397).

A respeito, precisa a lição de Ruy Barbosa, *verbis*:

"Na interpretação das leis, diz a jurisprudência inglesa e americana, não lhes devemos atribuir sentido, que aniquile ou lese direitos preexistentes, sem que o contexto da disposição traduza manifestamente esse intuito da parte do legislador. Por indução não é permitido fazê-lo".

E mais adiante, conclui o saudoso jurista, em palavras lapidares, *verbis*:

"Ora, toda interpretação de um ato legislativo, que o levar a conseqüências daninhas e absurdas, é inadmissível, se esse texto for suscetível de outra interpretação, pela qual tais conseqüências se possa fugir." (In A Aposentadoria Forçada dos Magistrados em Disponibilidade, Typografia do Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1896, pp. 65 e 69-70).

Por conseguinte, o art. 68 do ADCT, bem como os seus termos, deve ser interpretado de forma ampla, aplicando-se na sua exegese o método valorativo e o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da Constituição para que possa revelar o seu real alcance, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana, projetando-se na legislação infraconstitucional com toda a sua força e vigor.

Cabe, aqui, invocar a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967 c/c a Emenda nº 1/69, t. 4º, p. 624, "c", quando afirma, *verbis*:

"Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1967; porém alguns dos incisos do art. 153 são acima do Estado, e as próprias Assembléias Constituintes, não os podem revogar ou derrogar. Tais incisos são os que contêm declaração de direitos fundamentais supra-estatais".

É exatamente o caso dos autos.

Por isso mesmo, ao se proceder à exegese do aludido dispositivo constitucional incumbe ao intérprete extrair do texto mais do que as palavras parecem indicar à primeira vista, fazendo-se triunfar a supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas, atento à lição de Celso expressa no Digesto em palavras lapidares:

"Neque omne quod scriptum est, jus est; neque quod scriptum non est, just non est. Prior atque potentior est quam vox, mens dicentis."

Realmente, torna-se penosa e frágil a aplicação de uma Constituição se o intérprete for despido de uma mentalidade constitucional adequada, ou seja, sem a disposição de ânimo para aceitar as soluções constantes, expressa ou implicitamente, no texto da Lei Maior.

Nessa linha de pensamento, afirma H. Jefferson Powell, *verbis*:

"Because the constitution is not a crossword puzzle with only one right answer to its interlocking questions, playing the constitutional-law game fairly demands that the players be clear about why they give the answers they do. Candor is indispensable if the system is to retain its moral dignity; it is candor that all four of our hypothetical justices lack. The constitutional virtue of candor, therefore, goes beyond honesty about the meaning of cases and sincerity in the statement of viewpoint. It is the disposition to seek, and so far as possible to achieve, a congruity between the mind grappling with the constitutional issue before it and the language in which that struggle and its resolution is expressed, "living speech", as James Boyd White has memorably described it.

Candor as a constitutional virtue is inextricably linked with integrity in decision making, the virtue of seeking in any given situation that interpretation of the Constitution that honestly seems to the interpreter the most plausible resolution of the issues in the light of the text and constitutional tradition." (In Constitutional Conscience - The Moral Dimension of Judicial Decision, The University of Chicago Press, 2008, p. 90).

A propósito, ainda, anota Georges Bastide, em seu Traité de L'Action Morale, PUF, Paris, 1961, t. II, p. 675, *verbis*:

"Le juge est juge, et non robot, dans la mesure où sous l'impassibilité de sa robe d'hermine, il se sent homme lui aussi, c'est-à-dire artisan d'une humanité sur laquelle il a, lui, des pouvoirs légitimes considérables. Le législateur lui a donné le droit de gérer les droits, et c'est de ce qu'il fera de ces droits par le pouvoir qui lui est octroyé que dépend, en grande partie, la montée ou le déclin historiques des hommes au milieu desquels il exerce ses fonctions. Ces fonctions, il ne peut dès lors les exercer sans comprendre, et c'est ce que voulait dire Spinoza quand il affirmait qu'il est plus difficile de comprendre que de juger. Mais la compréhension n'exclut pas la justice, elle lui donne au contraire son sens humain le plus noble et le plus profond. "

Outro não é o ensinamento de P. Barcellona, D. Hart e U. Mückenberger, *verbis*:

"il giudice non può ridursi a mero lettore del testo normativo, ma dev'essere anche l'esperto della vita sociale e deve saper cogliere in essa i valori che qualificano la norma; deve realizzare l'equilibrio tra durata ed evoluzione che costituisce il proprium del diritto; deve sentirsi impegnato a dicere Jus, a cercare cioè di dare, appena possibile, alla norma da interpretare quel significato e quella portata che si presenta più aderente ai valori che emergono dalla vigente realtà umana e sociale. Il giurista non è né può essere il custode di un ordine cristallizzato; egli deve essere partecipe del processo costruttivo di una società umana che attraverso la legge - la quale vive una vita sua propria, autonoma da quella che intendeva darle il legislatore che un giorno l'ha emanata - tende costantemente ad evolversi. (In L'Educazione del Giurista, De Donato Editore, 1973, p. 24).

Dessa forma, nos termos do parecer antes transcrito, não vislumbro a alegada inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Por outro lado, os tribunais só declaram a inconstitucionalidade das leis quando esta é evidente, não deixando margem à séria objeção em sentido contrário, eis que todas as presunções militam em favor da validade de um ato normativo do Poder Público, seja legislativo ou executivo. Entre duas interpretações possíveis, prefere-se a que não infirma o ato legislativo.

Oportet ut res plus valeat quam pereat.

Nesse sentido, ainda, impõe-se recordar o célebre voto proferido pelo Justice Brandeis na Suprema Corte, no caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, ao enumerar as regras para o exame da inconstitucionalidade das leis, lição hoje clássica, *verbis*:

"The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter.

(...)

"When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided" Crowell v. Benson, 285 U.S. 22, 62, 52 S.Ct. 285, 296, 76 L.Ed. 598."

(In Supreme Court Reporter, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1936, v. 56, pp. 483-4)

Por esses motivos, voto por rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

NOTAS DA SESSÃO DO DIA 28/11/2013

CORTE ESPECIAL

RELATÓRIO (no Gabinete)

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER (RELATORA):

COMPLEMENTAÇÃO DE RELATÓRIO

Acrescento que recebi os eminentes Procuradores da República, Procuradores do INCRA, Procuradores da Associação Heliodoro, diversos grupos de integrantes das associações comunitárias, os Advogados da parte apelada, Procuradores do Estado do Paraná e do município envolvido. Recebi memoriais, recebi livros, muito representativos, de diversas histórias muito candentes e livros que estou remetendo à biblioteca para difusão deste conhecimento.

Este é o relatório eminente Presidente.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Com a palavra o Dr. Ricardo Dantas, representando o INCRA.

Dr. RICARDO DANTAS (TRIBUNA):

Ilustre Desembargador Federal Presidente, douta Desembargadora Federal Relatora, Des. Federal Marga Barth Tessler, colenda Corte Especial, boa tarde.

Primeiramente gostaria de destacar que estamos julgando a constitucionalidade do Decreto 4.887, a lei em tese. As questões relacionadas ao processo originário, em caso de declarada a constitucionalidade, voltarão a ser debatidas provavelmente com a anulação da sentença pela 3ª Turma, haja vista que o único fundamento da respeitável sentença é a inconstitucionalidade formal. Quanto à discussão da lei em tese, sabemos que este egrégio Tribunal analisará, como sempre fez em outras questões, de forma despida de preconceito, de forma técnica, observando o conceito antropológico, histórico, conectado com a realidade fática, a existência de comunidades étnico-culturais próprias, com identidade. Estamos tratando de um grupo, pois os quilombos também possuíam índios e brancos socialmente desprivilegiados, que por meio de seus usos e costumes criaram uma comunidade distinta. Por óbvio, essas comunidades com identidade própria viviam em estado de vulnerabilidade, principalmente no momento em que a localidade de sua habitação passou a configurar o interesse econômico. A Constituição de 1988 elencou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e estabeleceu como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Diante destas normas fundamentais e em respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça, assegurou as garantias das comunidades quilombolas, materializadas nos arts. 215, 216, § 5º, e 68 do ADCT. Assim, o art. 68 do ADCT, ao conferir direitos territoriais aos integrantes de um grupo com sua identidade própria, composto quase que exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação, está promovendo a igualdade substancial e a justiça social. A terra para as comunidades tradicionais apresenta um especial significado como elemento de união do grupo, que permite a sua continuidade através das gerações, em garantia da identidade coletiva de seus integrantes.

Para a historiadora Maria de Lourdes Bandeira a relação das comunidades negras com a terra se deu histórica e socialmente através do coletivo, não se circunscrevendo à esfera do direito privado. A terra coletivamente apropriada

configura um bem público das comunidades negras, não sendo por oposição, bem ou propriedades de seus membros. Conforme mencionado pelo Min. Luiz Fux, enquanto integrante do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 931060, que garantiu à comunidade de Ilhéus da Marambaia, a *ratio* do mencionado dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando igualmente efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Isto posto, com todo o respeito às opiniões em contrário, o art. 68 do ADCT deve ser reconhecido como garantia constitucional e, portanto, de aplicabilidade imediata, conforme determina o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Reconhecendo-se o art. 68 do ADCT como norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata, integral, resta afastada qualquer alegação de inconstitucionalidade formal do decreto.

Cumprido observar que o art. 68 do ADCT se insere no contexto de constitucionalismo internacional que dá especial relevo para a plurinacionalidade, pluriculturalidade e pluriétnica, colocando em discussão a simultaneidade de tradições culturais no mesmo território, com destaque para o pluralismo jurídico, para a democracia intercultural e para a luta pela igualdade, entendida também como a luta pelo reconhecimento da diferença. Neste cenário de reconhecimento internacional de comunidades com identidades próprias, o Brasil ratificou os termos da Convenção 169 da OIT. A convenção visa proteger comunidades indígenas e povos tribais, o que deve ser entendido como todo grupo que possua características étnico-culturais próprias.

A situação é similar à dos índios. O território quilombola compreende espaço territorial que garante sua reprodução física, social, econômica e cultural. Ora, não podemos ficar presos ao conceito escravocrata de quilombo como a concentração de negros fugidos de seu proprietário, mas como uma comunidade formada por negros, fugidos ou libertos, e outras raças, com o uso da terra segundo seus costumes e tradições. Dentro dessa concepção moderna, vinculada a conceitos antropológicos e históricos, relacionada com o reconhecimento da opressão vivida por essas populações, resta demonstrada a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT para a regulamentação do art. 68 do ADCT. Assim, o Decreto 4.887 regulamenta a Convenção 169 da OIT, integrada pelo Decreto 5.051, que tem força de lei no ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, eventual declaração de inconstitucionalidade do decreto resultaria em inutilidade ante a vigência do Decreto 5.051.

Na verdade, Excelências, observando-se o ordenamento jurídico brasileiro, a matéria está regulada pelo Decreto 5.051, pela Lei nº 9.649 e pela Lei nº

7.668. Logo, se vício existisse no decreto, seria de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Demonstrada a inexistência da inconstitucionalidade formal pelo fato de o art. 68 do ADCT ser norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral ou pela regulamentação por meio de lei, ratificação da Convenção 169 da OIT, Lei nº 7.668 e Lei nº 9.649, passamos à análise dos pontos levantados, relacionados com a inconstitucionalidade material, do questionamento da autodeclaração e do devido processo legal.

O Decreto 4.887, ao garantir a autodeclaração, está em consonância com o art. 1º, nº 2, da Convenção 169 da OIT, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos respectivos. Contudo, a manifestação de vontade do interessado, autodeclaração, não lhe garante qualquer direito. O decreto prevê, após a autodeclaração, várias providências, que visam a assegurar o devido processo legal. Devemos ressaltar os arts. 7º e 8º do decreto, que condicionam o reconhecimento a vários trabalhos técnicos, notadamente o art. 9º, que garante aos interessados a contestação dos resultados do laudo técnico no prazo de 90 dias. Peço licença para ler o dispositivo legal a fim de que não existam dúvidas:

Art. 9º- Todos os interessados terão prazo de 90 dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Assim sendo, entendemos que não existe qualquer inconstitucionalidade na possibilidade de autodeclaração das comunidades quilombolas nem violação ao devido processo legal.

Da desapropriação. A Constituição outorga às comunidades quilombolas o título de propriedade pelo reconhecimento da ocupação, mas o constituinte implicitamente não desconheceu a possível existência, por diversas razões, até históricas, de títulos de propriedade particular incidentes sobre a mesma área e outrora legítimos. Assim, ao dispor sobre a emissão dos títulos respectivos, garantiu, aos que eventualmente o detenham sobre a ocupação quilombola, uma desapropriação por interesse social. Não seria razoável que o constituinte agendasse a responsabilidade do Estado e não lhe garantisse os instrumentos para a efetivação da norma constitucional. Uma vez caracterizada a comunidade quilombola, passa-se à fase de desapropriação por interesse social, prevista no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal e regulada pela Lei 4.132 e pelo Decreto-Lei 3.365.

Por fim, devemos destacar que todo o ordenamento jurídico, o art. 68 do ADCT, o Decreto 5.051, a Convenção 169 da OIT e, por fim, o Decreto 4.887, ora em debate, visa à preservação de um grupo com identidade própria, com características étnico-culturais próprias, tanto que ocorre a titulação coletiva e pró-indivisa, sem caráter condicional do CPC, e a incidência de cláusulas de ônus reais, inalienabilidade e impenhorabilidade sobre aquelas terras como meio de assegurar a perpetuidade da propriedade às futuras gerações, bem como ao Patrimônio Histórico Cultural Brasileiro.

Ressalvamos ainda que o Parecer 3.333 da PGR, da lavra do ex-Procurador-Geral da República Dr. Carlos Fonteles, na ADIN 3.239, é pela constitucionalidade do Decreto nº 4.887, acolhendo a argumentação da AGU, a qual expus de forma resumida.

Ante o exposto, o INCRA requer seja rejeitado o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade com a consequente declaração de constitucionalidade de Decreto nº 4.877.

Muito obrigado, Excelências.

Dr. FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE (TRIBUNA):

Exmos. Srs. Desembargadores e Desembargadoras do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que cumprimento na pessoa do Sr. Presidente Tadaaqui Hirose e da Sra. Relatora Marga Inge Barth Tessler, Exmo. Sr. Representante do Ministério Público Federal, Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, servidores do Poder Judiciário, colegas advogados e uma saudação especial aos representantes da comunidade Paiol de Telha que aqui se encontram.

Esta situação encerra questões muito polêmicas da nossa sociedade, encerra questões relacionadas ao povo negro brasileiro e encerra questões também relacionadas à questão de terra, que, como todos sabemos, são polêmicas em nossa sociedade. Não tenho qualquer dúvida de que, ainda que houvesse uma legislação federal na matéria, estaríamos aqui discutindo a constitucionalidade dessa norma, e, por esse fundamento, entre outros, destaco que o conteúdo do que vem a ser remanescente de quilombo, o conteúdo e a extensão do direito à terra estão inscritos na Constituição Federal e é de lá que se deve retirar o conteúdo desses elementos que constituem o Direito; não será uma lei federal que vai regular a Constituição Federal nesses pontos. E, daí, destaco que a Constituição Federal é a constituição cidadã, uma constituição que inaugurou uma nova era para a efetivação de direitos humanos no Brasil, é elemento político e jurídico de construção de uma sociedade livre, justa e

solidária. É desta constituição que se retiram os elementos do que são essas comunidades remanescentes de quilombos.

E, com toda vênia e respeito à posição do Min. Cezar Peluso na ADIN 3239, não acredito que no século XXI se possa conceituar uma comunidade quilombola, as pessoas que aqui estão hoje, como negros fugidos, como agrupamento de negros fugidos. Esse conceito, com *permissa vênia* a quem pensa em contrário, é um conceito colonial, é um conceito de 1740, um conceito escravocrata sobre o que são remanescentes de quilombo, um conceito surgido a partir de um olhar do passado, que olha a Constituição Federal de 88, no século XXI, com um olhar para trás. Para nós é a ótica dos oprimidos, é a ótica dos negros escravizados que deve orientar a interpretação do que são quilombos na Constituição Federal. Para os quilombolas, para comunidade a qual represento, quilombo é um lugar de dignidade, é e sempre foi, no passado e hoje, um lugar de busca da superação das opressões raciais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Excelências, é a Constituição que bebe dos quilombos e não os quilombos que bebem da Constituição. A Constituição nasce dessa luta por justiça e igualdade. Nesse sentido, a autodeclaração, direito não só dos quilombolas mas da sociedade brasileira e de todos os grupos étnicos, é direito fundamental de todos, não há dispositivo da Constituição Federal que vede e também não é o único critério nos procedimentos administrativos do INCRA.

Também pedindo vênia ao eminente Min. Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal, nesta Constituição Federal é impossível pensar que se tenha garantido aos remanescentes de quilombo apenas uma usucapião extraordinária, centenária, de terras públicas. Não acredito, Excelências, que a Constituição Federal tenha designado a esse povo que aqui está a missão de provar que em 1888 ocupavam determinada terra e em 1988, data da promulgação da Constituição, continuavam ocupando. Não há significado jurídico em tutelar constitucionalmente um direito sem que esse direito se transporte para a real concretude da situação. Não adiantaria titular áreas ínfimas, minúsculas, confinando as comunidades quilombolas onde estão, onde está hoje a comunidade Paiol de Telha dentro do seu território. Esse confinamento, essa área ínfima atenta de forma flagrante e direta contra a dignidade da pessoa humana. A titulação das terras quilombolas, segundo o escopo da Constituição Federal, cumpre sua função social quando preserva a necessidade de trabalho, cultura, as relações econômicas e sociais desse grupo. Por isso, o art. 68 encerra um direito constitucional fundamental, um direito humano.

A desapropriação, Excelências, é garantia dos proprietários não quilombolas que estejam ocupando terras que a Constituição destinou aos quilombolas, é direito dessas pessoas receberem uma indenização justa, prévia em dinheiro, como dispõe o Decreto nº 4.887. Nessa toada, importante frisar que de toda a

Constituição, inclusive do art. 68 do ADCT, devem decorrer consequências práticas para toda a sociedade e para o Estado quando concretizadas e aplicadas suas disposições.

Passados 25 anos da Constituição Federal, dizer que tal direito não se aplica em função de ausência de norma regulamentadora é o mesmo que retirar da Constituição Federal esse direito.

Cito precedente do Min. Celso de Mello no MI 708, referente à greve dos servidores públicos da União. Naquele dispositivo, diferente deste que analisamos agora, expressamente a Constituição consigna a necessidade de uma lei regulamentar, que friso, não é o caso agora, mas leio o precedente do Min. Celso de Mello:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse caso de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja missão, além de lesiva ao direito de greve dos servidores públicos civis - a quem se vem negado, arbitrariamente o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desapeço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Não acredito que o Min. Celso de Mello aplique esse entendimento para a greve dos servidores civis e não aplique para os remanescentes de quilombo.

Ademais, a Constituição, no art. 68, tem densidade normativa mínima para sua aplicação, pois identifica o objeto do direito, que é a propriedade definitiva das terras; identifica o sujeito beneficiário, que são as pessoas aqui presentes, remanescentes de quilombo; identifica o elemento de referência para aplicação do direito, que é a ocupação das terras; o dever correlato, que é a emissão dos títulos; e o sujeito passivo ou devedor, que é o Estado.

Cito outro trecho do REsp nº 931060, já citado pelo colega que me antecedeu, da lavra do Min. Luiz Fux: *Igualmente, a medida é reparatória, ou seja, a titulação, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação, uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.*

Destaque-se ainda que a tutela empreendida pela legislação infraconstitucional, Decreto nº 4.887, e Constitucional, ADCT 68, não se esgota com a mera expedição de títulos de propriedade, senão com o desígnio de respeito a comunidades que compõem o Estado Brasileiro democrático e pluriétnico,

viabilizando a perenização das tradições culturais, cumprindo a nossa promessa constitucional de sociedade plural, justa e igualitária, nas palavras do Min. Luiz Fux.

Excelências, contanto não se debata aqui o caso concreto, senão a norma em abstrato, cumpre destacar que essas pessoas que estão aqui presentes são netos, bisnetos e tataranetos de pessoas que foram escravizadas neste País. São pessoas que ainda sofrem com a situação concreta da opressão racial e, diferente do que disse o autor na sua petição inicial e no documento acostado, não houve escravocratas benevolentes para com eles.

Friso também, com relação ao caso concreto, que esta comunidade ainda se encontra na posse de sua terra, ainda que seja uma posse ínfima, minúscula, pequena, de apenas poucas 20 famílias, continuam e sempre estão, e, acredito eu, sempre estarão buscando seu direito.

Destaco que a maioria das pessoas não está mais na terra, porque de lá foram expulsas de forma violenta e arbitrária. Por mais que a parte autora alegue que as terras foram compradas, estas não foram, e a principal prova de que essas terras não foram compradas é a ausência completa de recursos para essas pessoas, que não venderam e, por isso, não receberam qualquer dinheiro para saírem de sua terra.

Finalizando, Excelências, leio trecho de uma carta escrita pelas pessoas que ora estão presentes, intitulada Carta de Alforria:

Nós, representantes dos escravizados que serviram o Estado Brasileiro, repudiamos qualquer ação que perpetue a herança da escravidão e miséria vivida até hoje por nós, descendentes de homens e mulheres da comunidade quilombola Invernada Paiol de Telha. Considerando o abismo de desigualdade que há neste Estado entre negros e não negros, exigimos o resgate de nosso direito ao território quilombola, através do Decreto nº 4.887 da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT.

Considerando o processo de escravidão a que nossos antepassados foram submetidos, exigimos uma indenização por parte da República Federativa do Brasil. A titulação do nosso território restaurará nossa dignidade humana e, enfim, poderemos promulgar a nossa liberdade.

Excelências, hoje julgamos a constitucionalidade do Decreto Federal nº 4.887, julgamento este que com certeza não se encerra aqui, se encerrará no Supremo Tribunal Federal.

Creio eu que, passados 125 anos, como passa hoje, da abolição da escravidão, será a sociedade brasileira que irá nos julgar pelas ações tomadas hoje aqui.

Com isso, agradeço a atenção de V. Exas. e pugno com veemência, com a força de Zumbi dos Palmares, pela declaração de constitucionalidade do Decreto 4.887.

Muito obrigado.

Dr. FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA (TRIBUNA):

Exmo. Sr. Presidente, eminente Relatora, em nome de quem saúdo todos os Desembargadores integrantes desta Corte, eminente Representante do Ministério Público, servidores, meus colegas advogados que me antecederam e me sucederão nesta tribuna, senhoras e senhores:

Em primeiro lugar, o preito de respeito pelos direitos que estão sendo pleiteados, pelas pessoas cujas vidas de alguma forma estão em jogo neste julgamento. E faço esse preito em meu nome, evidentemente, e em nome dos meus clientes, que nada têm contra ninguém, apenas pretendem o cumprimento exaustivo da Constituição brasileira, que afinal precisa ser respeitada nos seus mínimos detalhes.

Gostaria de iniciar diretamente com a leitura de um breve trecho do voto do Min. Cezar Peluso, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, que, diferentemente dos demais excertos lidos desta tribuna, incide diretamente sobre o mesmo decreto ora em julgamento. E mais, pelo mesmo Tribunal, não pelo STJ, não por outro relator de outro processo. E o que o Min. Peluso fez em seu voto foi justamente trazer um histórico das normas incidentes sobre o art. 68 da ADCT. Fala ele antes do Decreto 3.912 de 10 de setembro de 2001, que regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Ou seja, exatamente o mesmo objeto do atual decreto. Esse, evidentemente, era o decreto revogado pelo atualmente em vigor, decreto este que emergiu de uma ordem político-ideológica diferente daquela que inaugurou o decreto de 2003 ora em julgamento - 4.887 - e que regulamentava nos seguintes termos, disse o Ministro-Relator: *Sobre a posse: reconhecimento - e o que o decreto anterior identificava - da posse qualificada, centenária, contínua, específica, exercida com ânimo de dono e existente em 05 de outubro de 1988 como requisito essencial à declaração do direito de propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas.* Em segundo lugar, falava sobre a atribuição da União perante desapropriação: *Cinge-se - diz o voto - à emissão dos*

títulos de propriedade aos remanescentes para posterior registro público, vedada a desapropriação.

Já por esses dois aspectos se vê que evidentemente o decreto anterior sobre o mesmo objeto era diametralmente oposto. E foi mais o voto, dizendo: *O processo administrativo de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades quilombolas. Tais competências são exclusivas do Ministério da Cultura e da Fundação Palmares, por força do art. 2º da Lei 7.668 de 1988, alterado pelo art. 8º da Medida Provisória, etc.* Pois bem: esse decreto, essa lei, na verdade, que atribuía ao Ministério da Cultura e à Fundação Palmares essa atribuição, hoje do INCRA foi alterada pelo Decreto nº 4.883/2003, que transferiu, insisto nisso, por decreto, não por lei, como dizia o art. 2º daquela lei a que me referi.

Transfere do Ministério da Cultura para o Ministério de Desenvolvimento Agrário a competência para delimitar as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para determinar demarcações e expedir os títulos de propriedade. Este último aspecto nem é arrolado pelas contrarrazões de apelação como um dos eventos identificadores da inconstitucionalidade.

Mas esses dois decretos, o anterior e o atual, têm em comum uma circunstância: a ausência de lei que atribua ou que identifique os parâmetros mínimos para a sua delimitação. Logo, tanto o decreto anterior quanto o decreto atual carecem de lei - adentrarei nesse aspecto em seguida -, porém, já identificando desde logo uma hipótese. Digamos que, nas eleições presidenciais, um partido, enfim, uma coligação diversa de filiação político-ideológica, de coloração político-ideológica, diferente da atual, vença as eleições e resolva reconstituir os termos do decreto anterior de 2001, revogado pelo de 2003. Pelos próprios argumentos e sustentando a necessidade ou a suficiência, por exemplo, da Convenção 169 da OIT, ou pelo menos a suficiência do decreto para regulamentar diretamente a constituição, ou a própria autorregulamentação da Constituição. Esse novo decreto hipotético seria identicamente, seria acolhido com os idênticos pressupostos do atual decreto. Essa situação, a meu ver, e obviamente, não é possível de se sustentar; ou um estará correto, ou outro, ou nenhum, por falta de lei que faça a intermediação entre o próprio decreto, o conteúdo específico desses decretos, a destinação dele e a Constituição Federal.

São sete os tópicos identificados na petição inicial e nas contrarrazões de apelação que determinam a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887.

Em primeiro lugar, é preciso falar sobre o devido processo. Com todo o respeito, o devido processo legal, a ampla defesa prévia, (falha no áudio) todos definir o contraditório, definidos pelo art. 5º da Constituição, foram violados no caso

concreto, e especificamente pelo decreto em questão na medida em que se prevê uma série de atos preliminares à própria defesa prévia, digamos assim, ou à defesa póstuma do interessado, que, afinal, termina por impedir as pessoas interessadas, os expropriados, de participarem desde o início da formação da convicção do agente público encarregado de chegar a uma conclusão acerca da incidência da norma ao caso concreto, ou não. Portanto, o Decreto nº 4.887 não permite uma efetiva participação dos proprietários dos imóveis no processo administrativo de demarcação de terras e admite apenas uma contestação no final do processo. Como disse, uma verdadeira defesa póstuma. Mais do que isso, o art. 4.887 ofende o art. 5º, XXV, da Constituição, na medida em que estabelece uma hipótese inédita de desapropriação. Essa hipótese inédita não se enquadra em nenhuma das hipóteses constitucionais que são taxativas, sejam de utilidade pública, sejam por interesse social. Então, uma solução desse estilo dependeria, evidentemente, de uma lei ordinária que não existe. Nem mesmo o art. 216, § 1º da Constituição, que trata do patrimônio cultural brasileiro estabelece essa terceira hipótese, uma terceira modalidade de desapropriação, que seja diversa do art. 5º, XXIV.

Mais do que isso, não há autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT. Por quê? Em primeiro lugar, o art. 68... E não por acaso está contido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O que significa, essa transitoriedade? Que o elemento temporal é absolutamente relevante no caso concreto, senão estaria no corpo ordinário da Constituição. Mas não, estabelece uma questão relevante: a posse atual, ou seja, no momento da promulgação da Constituição de 1988. E há um corte a partir do tema principal do art. 68 que se transfere diretamente sem lei, insisto que era necessária, para o Decreto 4.887, que fala especificamente da desapropriação; portanto, identificando como pressuposto dessa desapropriação e desse ato administrativo a propriedade da terra identificada como sendo de titularidade de um terceiro, não do Estado, não terra devoluta e, como diz o art. 68, nem também do próprio beneficiário dessa desapropriação. Logo, a propriedade por terceiro, que não está pressuposta no art. 68, está contida como elemento fundamental do Decreto 4.887. De todo modo, e essa é a conclusão em relação a esse tópico, há ausência de autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT.

Indo avante, a Convenção 69 da OIT é um ponto de força do argumento contrário ao que defendo. Na verdade, a Convenção 69 da OIT trata de povos tribais ou povos indígenas, povos autóctones, povos que já estavam desde sempre ou desde antes da chegada dos europeus naquele território e da conquista desses territórios pelo europeu. Trata especificamente disso. O próprio ordenamento brasileiro faz a distinção entre povos indígenas - autóctones, portanto - e os povos que receberam direitos e que tiveram os seus direitos reconhecidos pela Constituição de 88 na condição de remanescentes de quilombos. Logo, se o próprio Direito brasileiro faz essa distinção

entre duas categorias de pessoas diferentes, dois estados de pessoas diferentes, não será a Convenção, ainda que adotada, que acolhida como tratado pelo Direito brasileiro, nela ingressando na categoria de lei ordinária na mesma hierarquia, não será esse diploma inovador dessa distinção fundamental do Direito brasileiro. Mais do que isso, também não existe vínculo direito entre o art. 68 do ADCT e a Convenção 69, pois a disciplina do art. 1º da Convenção é muitíssimo mais severa e restritiva do que a contemplada no art. 68 do ADCT.

Pois bem, o último fundamento tripartite, na verdade, da inconstitucionalidade do Decreto 4.887 fala sobre três subtópicos, talvez os mais fundamentais, os mais evidentes, que dizem acerca da exorbitância do poder regulamentar, do princípio da ilegalidade (sic) e da autoaplicabilidade do art. 68. Resume-se a dois, em suma. Primeiro, não existe lei regulamentando o art. 68. Evidentemente que não existe regulamento autônomo no Direito brasileiro. É preciso que exista lei. Mas o Decreto 4.887, como eu disse, por todos os fundamentos anteriores, pretende regulamentar diretamente o art. 68, inovando na ordem jurídica. Em segundo lugar, a ausência de lei ordinária claramente não pode ser suprida por decreto. Nenhum regulamento encontra validade diretamente a partir de uma norma constitucional.

Encerrando, o ponto fundamental, ainda que paralelamente cognoscível pelo Tribunal acerca da questão, é o fato subjacente de não haver efetivamente posse atual. Não há nenhuma ocupação atual dessas terras, muito menos em 1988. Logo, não estão preenchidos os requisitos do caso concreto e, ainda que fosse declarada - evidentemente que é uma questão paralela ao atual julgamento - a constitucionalidade do decreto, faltariam os requisitos específicos para a atribuição da posse no caso concreto.

Muito obrigado, Presidente.

Dr. EDUARDO BASTOS DE BARROS (TRIBUNA):

Exmo. Sr. Dr. Desembargador-Presidente, Exma. Sra. Dra. Desembargadora-Relatora, por quem cumprimento os demais integrantes desta colenda Corte, eminente integrante do Ministério Público Federal, demais colegas advogados, servidores, senhoras e senhores aqui presentes:

A questão que está sendo posta a enfrentamento desta colenda Corte hoje sob o ponto de vista técnico me parece bastante simples. Pode o Poder Executivo exercer atividade normativa por meio do decreto em comento, inovando no ordenamento jurídico, relativamente ao dispositivo constitucional em comento, o art. 68 do ADCT? Resumidamente me parece que a resposta é negativa. Mas eu gostaria

de trazer aqui, Excelência, e aproveitar a oportunidade do uso da palavra, algumas circunstâncias que cercam a realidade fática envolvida neste caso que são indissociáveis da questão técnica.

Se esta Corte admitir esse abuso, esse exercício de poder normativo pelo Poder Executivo em usurpação de competência do Poder Legislativo, que risco traremos à nossa sociedade? Esta causa, Excelências, não se trata de uma causa de negros contra brancos. Sabemos nós, operadores do Direito, que os fundamentos que estão envolvidos na decisão técnica são outros. Eu gostaria - porque tenho absoluta certeza que a maioria das pessoas que aqui estão não sabe - de brevemente expor o outro lado dessa história.

As pessoas que represento, Excelências, têm uma trajetória de vida tão sofrida quanto a das comunidades quilombolas. São imigrantes europeus de origem alemã que, por sua naturalidade, lutaram na II Guerra Mundial ao lado do exército alemão. Terminada a II Guerra Mundial, essas pessoas, com a Alemanha derrotada, viram-se subitamente privadas de toda a sua propriedade e ficaram como refugiados de guerra. O governo da Suíça, país que ficou neutro na guerra e que tirou um proveito financeiro, infelizmente, do conflito, organizou um programa de realocação de boa parte desses refugiados de guerra. E o governo da Suíça, por meio de fundações, adquiriu terras em vários países do mundo: Austrália, Brasil, Canadá... E uma dessas áreas é a região de Entre Rios, no Município de Guarapuava, no Estado do Paraná. Essas pessoas que aqui vieram - e a própria leitura dos nomes, Excelências, dos nossos clientes revela a sua origem -, elas vieram aqui sem absolutamente nada; tudo tinham perdido em decorrência da II Guerra Mundial. Fundaram a cooperativa representada pelo Dr. Fernão, que me antecedeu, ainda no navio, durante a viagem. E aqui chegaram, nos anos 50, tendo ido para essa área que foi adquirida. Pois muito bem; com o passar do tempo, prosperaram. A região é uma das áreas com maior índice de produtividade mundial, repito, mundial, campeã nacional de produtividade, e essas pessoas, organizadas em cooperativa, ligadas tanto pelo elemento étnico, cultural como pela vontade de viver e superar a tragédia que tinham vivido da II Guerra, adquiriram áreas além daquelas que foram originalmente adquiridas pelo governo Suíço. E uma dessas áreas foi adquirida pela cooperativa no Município de Reserva do Iguaçu, que é a área em comento no processo administrativo do INCRA.

Pois bem, essas áreas não foram adquiridas de forma violenta, pelo contrário, foram adquiridas mediante negócios jurídicos. Quando a Cooperativa começou a perceber esse pleito de descendentes de escravos libertos, ela procurou se inteirar do ocorrido. Claro. Por quê? A história da Cooperativa também era uma história de injustiça e sofrimento. Ao perceber que, mesmo depois de ter adquirido a posse dessas áreas, seguidamente pessoas da comunidade Paiol de Telha se

apresentavam dizendo que haviam sido, no passado remoto, desalojadas de forma violenta, a Cooperativa, por esse seu histórico de sofrimento, resolveu adquirir novamente "Ah, o senhor tinha posse? Pois não." Então, adquiriu a posse de inúmeros desses descendentes de ex-escravos libertos. Qual não foi a surpresa de que, passado algum tempo, novamente essas pessoas, que já haviam vendido a posse da terra, procuravam os adquirentes, porque a Cooperativa adquiriu toda a propriedade e fez um projeto de reforma agrária privado nessa área, partilhou a terra em inúmeros lotes e vendeu aos seus cooperados, providenciando condições muito favoráveis de pagamento. Então, essas pessoas a quem represento, Excelências, começaram a ser novamente visitadas pelas mesmas pessoas que haviam vendido já a posse anteriormente a terceiros. Anteriores até mesmo da Cooperativa. Quando isso se verificou, não houve outra alternativa que não promover uma ação de usucapião. E aí houve aquisição originária da propriedade, e a grande maioria, se não a integralidade das pessoas que hoje lá se encontram, jamais ouviram falar de quilombo, de comunidade quilombola. Por quê? Porque está há 40 anos na posse e propriedade da terra.

Então, Excelências, feito esse discurso histórico e até para demonstrar qual é a real situação da outra parte envolvida no litígio, passo a questionar: nós estamos analisando a constitucionalidade de um instrumento normativo. Instrumento que, em *ultima ratio*, tem por objetivo satisfazer aqueles escopos fundamentais da Constituição, construir uma sociedade pluralista, justa, solidária, erradicar a pobreza. Analisemos então quais são os efeitos que esse decreto, na prática, produz. O decreto, ao inovar completamente a ordem jurídica, extrapolando o objetivo do art. 68 do ADCT, criou uma situação que, na prática, submete alguns jurisdicionados a uma situação quase que kafkiana. O proprietário da terra assiste à chegada do INCRA, que inicia o processo administrativo, e, pasmem V. Exas., para a confecção do laudo de identificação de comunidade quilombola, contrata, nada mais nada menos, do que uma antropóloga que possui um livro cuja tese é exatamente a existência de uma comunidade quilombola no local. Ou seja, que imagem você passa para o jurisdicionado em uma situação concreta de aplicabilidade desse dispositivo normativo, cuja constitucionalidade se discute nesta colenda Corte? A de que sua defesa é um faz de conta, de que você está em um jogo de cartas marcadas onde se assiste toda a movimentação do aparato estatal para atingir o fim que já está predeterminado e que todo mundo já conhece. É fato notório, e não é preciso se alongar muito, que as pessoas-chave na Administração pública brasileira, no caso do INCRA, na Superintendência Regional do Paraná, são pessoas indicadas não por critérios técnicos, não são funcionários de carreira, são pessoas escolhidas por afinidade político-partidária. Cientes dessa realidade, Excelências, é possível deixar, é possível permitir que o Poder Executivo legisle com essa amplitude e divorciado do comando constitucional?

Agora se está tratando de uma questão fundiária, cujo pano de fundo é muito nobre. Ninguém aqui teria a coragem de ser contra as ações afirmativas. Ninguém aqui teria coragem de sustentar uma única palavra contra a luta desta comunidade que está aqui presente, mas ninguém aqui também pode deixar que se cometa um abuso gravíssimo, que é uma ofensa direta e frontal à nossa Constituição.

Excelências, a permitir que esta situação prossiga, quais liberdades serão as próximas? Auferir este poder de inovação da ordem jurídica ao Poder Executivo é simplesmente fazer menoscabo da repartição de poderes. Um colega que me antecedeu disse: "Não se pode mais aguentar a inércia do Legislativo." Ora, então que solução teremos? O uso da força? Se existe um rito republicano constitucional próprio para que esta disputa de forças existentes na sociedade se canalize e se transforme em texto normativo, não podemos deixar que este rito seja desprezado. A permitirmos isso, estaremos outorgando uma perigosa faculdade ao Poder Executivo.

É por essas razões que tenho muita confiança que esta Casa saberá julgar do ponto de vista eminentemente técnico e irá reconhecer a manifesta inconstitucionalidade do decreto em comento.

Agradeço pela atenção.

Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESCH DA SILVEIRA (REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO):

Sr. Presidente, ilustres estimados componentes desta Corte Especial, ilustrados Procuradores que tomaram assento na tribuna, senhores quilombolas, apoiadores que se fazem presentes para assistir, o que só amplia a legitimidade deste momento, o julgamento deste tema.

É preciso, ao meu ver, começar pensando qual é este momento que estamos hoje. Do que se trata? Julgar a constitucionalidade ou não do Decreto nº 4.887, ao mesmo tempo em que o debate já se encontra aberto em um primeiro voto no Supremo Tribunal Federal. Isso significa que este julgamento, que é o primeiro julgamento nestes 25 anos de Constituição Federal em que uma Corte Federal analisa a constitucionalidade em tese do referido decreto, ao mesmo tempo em que o Supremo já iniciou o seu julgamento, significa dizer que a Nação, toda a comunidade jurídica está - e não apenas os que estão aqui presentes - com os olhos voltados para a decisão que se vai tomar, que se vai construir nesta tarde.

O contexto do debate não é só o contexto do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vejam, falamos já... Há quase uma hora iniciamos o julgamento, e ainda não se leu o art. 68, que diz textualmente: *Aos*

remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Este tema está posto dentro de um contexto maior, que é um contexto novo na nossa história constitucional. A atual Constituição é a primeira que tratou o tema da cultura como um tema de natureza de ordem constitucional. Portanto, pensar o art. 68 significa pensá-lo na moldura constitucional, e mais especificamente na perspectiva que lhe inscrevem os arts. 215 e 216 da Constituição. Portanto, não é um artigo qualquer perdido lá no fim da Constituição que veio apenas para resolver o interesse de determinado grupo que se organizou durante o processo constituinte. Ele, na verdade, é a especificação, é o desdobramento desse princípio mais amplo que compõe a nossa Constituição, que é a ideia da cultura, da preservação da cultura.

E vejam: o 215 é daqueles artigos - sejamos francos entre nós - que não estudamos nas faculdades e que não temos em mente quando decidimos os casos postos perante nós. O 215 nesse sentido compõe aquele conjunto de normas que tristemente não são bem maior, são bem menor. E o que está posto para esta Corte também hoje é afirmar que a garantia ao direito fundamental da proteção, o dever do Estado a proteger as expressões culturais que compõem nacionalidade, não é bem menor, não é uma parte marginal do texto constitucional, é a centralidade deste Estado que queremos e lutamos para cada dia construir como estado democrático de direito.

Portanto, é nesse contexto que temos de pensar o debate que se põe hoje perante nós. E a primeira afirmação que se impõe é dizer que o art. 68 do ADCT, que acabei de ler, não é um princípio. É, na verdade, uma regra constitucional. E é uma regra constitucional com densidade suficiente para, desde logo, se aplicar. Portanto, ele é uma regra constitucional que não depende para sua vida, para sua efetivação de uma complementação por parte do legislador. O art. 68 tem todos os elementos necessários: o verbo central "dever". O Poder Público deverá titular. A quem? Aos remanescentes de quilombos. Titular o quê? As terras que possuem. Não é essencialmente diferente do artigo... o que dispõe a Constituição quando trata das terras de índios.

E eu perguntaria, Des. Rômulo: na história constitucional deste País, na história, na verdade, republicana deste País, quando as constituições passaram a se preocupar com o tema das terras de índios, quantas leis existem tratando do tema? Não há uma lei que estabeleça o conceito jurídico de terra de índio. E nós conhecemos a riquíssima jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, ao longo de toda a história da República, construindo o alcance da disposição constitucional. Não temos nenhuma lei estabelecendo o processo e o procedimento a ser obedecido pela administração para identificar, reconhecer e demarcar essas terras. Apesar disso, todas as vezes em que se afirmou que os diversos decretos... Só na atual ordem constitucional já estamos no terceiro decreto, e sempre decretos. Decreto 22 e, por

último, Decreto 1.775, são sempre decretos. Tratando do quê? Do procedimento de como a administração pública vai dar conta do dever, da obrigação, do encargo que a Constituição lhe impôs. Em toda a história da República essa foi a sistemática. A novidade é que há 25 anos, com a edição da atual Constituição, o último, Sr. Presidente, o último dos invisíveis étnicos deste País teve lugar na Constituição. Foi só com a Constituição de 1988 que aqueles invisíveis que nós nunca estudamos nas escolas... É verdade que ainda hoje nossos filhos não aprendem nas escolas...

Nunca encontramos em textos constitucionais, em livros constitucionais essa figura absolutamente invisível dos remanescentes de quilombos. É certo que, aqui entre nós, todos nós, que não somos do mundo da antropologia, que lidamos no dia a dia com o Direito, ouvimos pela primeira vez falar em remanescentes de quilombos quando da Constituição de 1988. Portanto, os pretos remanescentes da luta pela liberdade, os negros que historicamente vêm afirmando um ato de resistência, o ato de viver de uma forma comunitária e diferente, e por onde se vai nesse País, por onde se encontram comunidades quilombolas, percebemos que ali há um jeito diferente de viver, um jeito diferente de expressar a cultura do País, de ser, cujo extermínio, extinção importa em irremediável destruição do patrimônio que compõe a nacionalidade.

Quando pensamos em patrimônio cultural, logo pensamos em quadros, museus, estátuas e nos mobilizamos rapidamente, nos horrorizamos e no que nos cabe defendemos a sua proteção. Entretanto há uma expressão, há um monumento que expressa a cultura do País, que está posto no jeito de organizar a vida, no jeito de partilhar e organizar atividades econômicas, de viver comunitariamente a propriedade. Isso vale para índios e vale para quilombos. É por isso que com muita felicidade, Des. Paulo, o Min. Ayres Britto ao julgar a Raposa Serra do Sol disse naquela assentada que a terra é para os índios, e eu diria a terra é para os quilombos, para os descendentes que quilombolas, ela é um totem horizontal, ela é essencial para que continuem existindo enquanto expressão da nacionalidade. E, portanto, é disso que se trata quando se pensa os artigos 215 e 216, quando se afirma ou não a constitucionalidade do Decreto nº 4.887.

Portanto não há nenhuma novidade nessa prática do Decreto nº 4.887, ele é sim a forma como o poder público, o Estado organizou a tarefa, o dever que a Constituição lhe impôs de identificar e titular as terras dos descendentes de quilombos. Portanto, a regra é autoaplicável e não há nenhum prejuízo, não há nenhuma dificuldade, não há nenhuma anomalia no nosso sistema; ao contrário, é a continuidade da forma como durante a República se aplicou, se regulamentou esses temas que dizem com terras vinculadas a etnias. Mas, mesmo que admitamos que a norma defenderia, que o decreto deveria estar regulamentando... Vamos voltar à tese de que o

decreto teria de estar regulamentando, não poderíamos ter, como sempre se teve com relação a índios, com relação à terra de negros, nós não poderíamos ter a mesma sistemática republicana.

Mesmo assim, o decreto na verdade é regulamento da Lei nº 7.668, de 1988, que criou a Fundação Cultural Palmares e que disse com todas as letras: *Incumbe à Fundação Palmares realizar a identificação*. E é lei, não é a Constituição, é lei, precisamos de lei. Aqui temos então a primeira, realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e a demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação. Parágrafo único: *A Fundação Cultural Palmares é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários*. Esta regra contemporânea, anterior ao Decreto nº 4.887. Mas há mais, precisamos de mais leis. Temos a Lei nº 9.649/98, que criou o Ministério da Cultura, estabeleceu no art. 14, inc. IV, alínea c: *Aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto*.

Portanto, se o decreto... Como falar em decreto autônomo quando existem pelo menos duas normas "bom, não é a Constituição, mas duas normas legais", portanto além da Constituição, além do comando, da determinação categórica que a Constituição impôs ao Estado brasileiro, ele cuidou de criar não uma, mas logo duas leis. O Decreto é sim também a regulamentação da Convenção 169 da OIT. E, aí, Des. Celso, nós temos, isso nos ensinaram tristemente nos bancos escolares, que tratados e convenções internacionais são enfeites do ordenamento, eles não são bem leis, não são bem normas. Foi preciso alterar a Constituição para que ela dissesse que os tratados de direitos humanos, quando aprovados com o mesmo quórum de emenda constitucional, valem como norma constitucional.

Está certo, a Convenção 169 da OIT é anterior, portanto a ela não se aplica o *status* de norma constitucional, mas o nosso Supremo, ao julgar, em face do Pacto de São José da Costa Rica, aquela nefasta prática da prisão civil por devedor na alienação fiduciária, afirmou, com uma coragem extraordinária, coragem, aliás, que a esta Corte não tem faltado, afirmou o Supremo que as convenções internacionais incorporadas ao Direito brasileiro que tratem de direitos humanos, como é a Convenção 169 da OIT, entram não como lei ordinária, como era da tradição da Suprema Corte, como foi durante 80, 90 anos da tradição da Corte, mas elas entram como normas supralegais. Portanto não são aquelas anteriores à Emenda Constitucional nº 45, ainda normas constitucionais, mas também não são leis ordinárias. Quando pensamos na Convenção 169, se disse da tribuna: ela não se aplica a negros, se aplica a índios. Ela não é coisa de negro, ela é coisa de índio.

Ora, a Convenção é clara ao afirmar, no seu art. 1º, alínea *a*: *...aqueles cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam dos outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos total ou parcialmente os seus próprios costumes ou tradições, ou por legislação especial, a elas se aplicam a noção mais ampla de povos tribais.*

Portanto, sim, podemos não gostar, mas a Convenção 169 se aplica a índios e se aplica a negros remanescentes de quilombos, porque também se os quilombos não preencherem o que está posto no art. 1º, alínea *a*, não se trata de quilombos.

E tanto isso é verdade, que a Corte, ao julgar o caso *Moiwana versus o Estado de Suriname*, onde tínhamos uma situação exatamente igual à dos remanescentes de quilombolas, decidiu: *Durante a colonização europeia, Suriname, africanos foram levados à força para a região e usados como escravos nas plantations. Muitos desses africanos, contudo, conseguiram escapar para áreas da floresta tropical, na parte oriental do território atual do Suriname, onde estabeleceram comunidades novas e autônomas. Esses indivíduos ficaram conhecidos como "negros do bosque"...*

E por aí vai a decisão. E diz a Corte que, não obstante, desde então, desde o episódio de uma expulsão, os membros da comunidade viveram na área em conformidade estrita com seus costumes. *Dessa forma - diz a Corte - os membros da comunidade Moiwana possuem uma relação totalizante com as suas terras tradicionais, e o seu conceito de propriedade não é baseado no indivíduo, mas, ao contrário, na comunidade como um todo.* Essa é a definição e o objeto do art. 68 e do que quer a Constituição, do art. 215 e 216, § 1º, proteger. *Assim, a orientação da Corte em relação às comunidades indígenas, e aqui nos importa, e os seus direitos comunais de propriedade decorrentes do art. 21 da Convenção, que trata de direito de propriedade, também deve ser aplicada aos membros da comunidade tribal Moiwana, que não são índios autóctones, mas que foram trazidos e que têm, portanto, esse jeito diferente de viver.*

Mas vamos dizer, "mas esses que estão aí, eles não são negros fujões e muito menos descendentes de negros fujões". E para que eu tenha quilombo é preciso necessariamente que eu tenha como núcleo do conceito a ideia do local de fuga. O acórdão do STJ, cujo voto condutor é do Min. Luiz Fux, acolhido pelo Relator, Min. Benedito, tratando do Quilombo da Marambaia, num conflito direto com a Marinha, com o Poder Público, portanto, ele vai lembrar... E gostaria de fazer referência a duas passagens apenas. Primeiro ele vai lembrar a opinião de uma antropóloga doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Miriam de Fátima Chagas, quando no acórdão ele vai lembrar a passagem dessa estudiosa: *A definição clássica de quilombo*

é aquela definição formal que remonta ao século XVIII - clássica. Na época, esse entendimento jurídico estava impregnado de uma visão intervencionista, calcada na ideia de fugas ou negros fugitivos. Essa visão distorcida figuraria, até hoje, como imagem de quilombo. É isso que está no nosso imaginário, assim como quando a gente pensa em trabalho escravo ou situação análoga à de escravo: nós só enxergamos quando há a corrente e a bola de ferro no pé. Mas diz mais: A restituição do aspecto quilombola residiria na transição da condição de escravo para a de camponês livre, independentemente das estratégias utilizadas para alcançar esta condição: fuga, negociação com os senhores, herança, entre outras. Com essa definição, o elemento da fuga é mais um entre outros a ser considerado. E diz o Min. Luiz Fux: A Constituição de 88, ao consagrar o direito à terra dos remanescentes de quilombos, não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se - e aí vem ele - ao uso segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

Quando a Constituição no 68 pensou e mandou titular, ela não mandou titular no vazio. Ela não mandou titular aqueles que haviam fugido há cento e tantos anos atrás e estavam lá, escondidos e encolhidos. Não é possível imaginar que o constituinte delirou e estabeleceu uma norma que é uma norma para o vazio, para o nada, que não tem relação com a vida social. Mas foi nesse novo enfoque, de comunidades que vivem com a partilha comunal, e é por isso mesmo que a propriedade não é a propriedade do João, da Maria e do Benedito; a propriedade é da comunidade. É inalienável, segundo prevê o decreto; é imprescritível. Portanto, é terra que está fora do comércio, que está fora do mercado. É terra que deve cumprir essa função social, cultural que é uma das tantas funções sociais que nossa Constituição prevê. É isso que quis a Constituição.

Mas, Desembargador, desapropriação sem lei é meio forte. Como assim? Querem, então, que o decreto crie uma nova figura de desapropriação sem lei. Será que o poder público delirou tanto? Talvez embalado por suas convicções ideológicas, contrárias ao bom espírito do povo brasileiro, quase se ouviu isso da tribuna, mas será que a tanto se delirou?

Creio que não. Primeiro, porque, naquele artigo que nós não lemos da Constituição e que não estudamos tristemente nas faculdades, o art. 216, vai dizer: *O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro - aí vem a vírgula -, por meio de inventários, por meio de registros, por meio de vigilância, por meio de tombamento - e, ora pois, vejam se não estou mentindo - e por meio de desapropriação.* É claro, não tem lei, porque não precisava. O 216, § 1º, disse: *Ao poder público e que cabe titular, desde logo atribuo um instrumento para tanto quando necessário.*

Dentre os vários instrumentos, está lá a desapropriação. Desapropriação sem lei? Não, desapropriação construída, posta no texto constitucional para ser utilizada. O que fez o decreto, portanto? O decreto apenas copiou com mais largueza, com mais possibilidade de defesa aquilo que já estava posto nos vários decretos que tratam de terras de índios, com uma diferença, porque autóctones, nas terras de índio só se indenizam as benfeitorias. Essa, portanto, a diferença fundamental. E diz-se: autorreconhecimento - que critério é esse? As pessoas se apontarão. Eu sou remanescente de quilombo. Juntamente com o Dr. Lugon e com o Dr. João Batista formaremos também nós um quilombo. É isso? Isso ouvimos da tribuna um pouco, um pouco mais sofisticado, é bem verdade, mas a técnica do autorreconhecimento, da autoidentificação como ponto inicial de partida, de largada, ela é uma prática posta na Convenção nº 169 da Constituição, e é a prática utilizada em todo o planeta; seja para terras indígenas, o procedimento de terras indígenas aqui no Brasil, e também para remanescentes de quilombos. Não há aí nenhuma excentricidade, nenhuma jabuticaba que só existe no Brasil. Essa é a prática, essa é a tradição quando se trata, é certo, daquilo com que pouco a gente tem lidado e pouco conhece, que são as disputas envolvendo direitos étnicos.

É disso que se trata, não é dizer "eu sou remanescente", mas é a comunidade organizada que indica, e, a partir daí, vêm um conjunto de estudos. Diria que o decreto é imenso, o decreto protege como em nenhuma outra situação, nem reforma agrária, muito menos terra de índios. Ele é cuidadoso na proteção da propriedade, dos demais interesses públicos, porque manda ouvir o IPHAN, o IBAMA, o Conselho de Defesa Nacional. Enfim, é algo que, por sua complexidade, tem produzido, ao longo desses 25 anos, tristemente poucos resultados, porque ainda são muito poucas as áreas em que o Estado desincumbiu-se do seu dever, da sua obrigação no art. 169.

Desembargador, não vou seguir importunando, mas gostaria apenas de concluir, lembrando a carta dirigida pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, talvez um dos mais extraordinários pensadores do Direito da atualidade, quando do início do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade no Supremo. Boaventura, em carta aberta dirigida à Suprema Corte - lerei dois breves textos. Ele disse, e eu hoje tomaria a liberdade de, a partir das palavras dele, dizer a V. Exas.:

O Supremo - a Corte Especial do TRF -, ao definir sobre o direito dos quilombolas à autoatribuição, reconhecerá a capacidade do sujeito de direito de tais grupos com cultura e identidade próprias e ligados a um passado de resistência, opressão e ou racismo, assegurando a um tempo a efetiva participação em uma sociedade pluralista e promovendo a igualdade substantiva e se pronunciando sobre o pleno exercício dos direitos culturais, não mais na visão de patrimônio cultural como

monumento e tombamento, mas na visão ampliada dos arts. 215 e 216 para abranger as expressões de criar, fazer e viver de tais comunidades. E conclui Boaventura: A decisão a ser proferida, tal como aquela de Raposa Serra do Sol, sinalizará para as próximas gerações o modelo de desenvolvimento e o modelo de sociedade que Brasil deve deixar como legado: um projeto uniformizador, etnocida e insustentável ou outro em que a diversidade e o pluralismo são chaves para uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e baseada na dignidade da pessoa humana?

O Ministério Público Federal, e eu particularmente nesses quase 18 anos em que sou testemunho da coragem com que essa Corte tem defendido a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, está certo de que a argüição de inconstitucionalidade será rejeitada, porque não se trata de decreto autônomo, porque a prática do autorreconhecimento é uma prática comum a essas tradições, e porque o decreto não destoa de forma alguma da nossa tradição republicana no trato do tema do reconhecimento de terras a comunidades étnicas.

Muito obrigado.

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER (RELATORA):

VOTO (no Gabinete)

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Eminente Desembargadora, a Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, que votaria em seguida, teve que se ausentar para o Tribunal Eleitoral e já manifestou que aguardaria o pedido de vista já manifestado nos autos. Portanto, votará depois da apresentação do voto-vista.

Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:

Sr. Presidente, eminentes pares, servidores da Casa e demais presentes:

Gostaria de fazer um breve comentário a respeito exatamente da conceituação de quilombo. Primeiramente, iríamos ao ano de 1740, que é onde aparece esta definição: toda habitação de negros fugidos que passem de cinco em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele. Isso foi o Conselho Ultramarino em uma correspondência ao Rei de Portugal. Isso é o que a história oficial registrou, e o que aprendemos na escola, essa é a versão oficial da história.

Logo depois, Artur Ramos e Édison Carneiro modificaram esse conceito, deram uma amplitude, deram uma melhorada, mas eles, a meu ver, equivocadamente,

situaram o quilombo no passado. Quando se fala em remanescentes de sociedades quilombolas, de certa maneira, quer se evitar uma discussão, que é a da real presença de quilombos hoje. Se nós tivermos respeitada a diferença, se nós tivermos respeitado o direito à diferença, vamos ter também o quilombo do futuro.

A Associação Brasileira de Antropologia, em 1994, definiu o quilombo como: toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos, vivendo de cultura de subsistência, onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado.

O que quero exatamente dizer é que, a prosseguir uma política histórica de branqueamento, estaríamos exatamente negando ao quilombola o próprio direito de ser negro, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura.

O que era um quilombo no passado? Ainda lá pelos idos daquele 19 de setembro trágico, em que o quilombo de Vila Bela foi exterminado no Mato Grosso... tínhamos em 19 de junho de 1795 o seguinte inventário. Negros: seis, índios: oito, índias: 19, caburés: dez, caburés fêmeas: 11. E não havia só caburés, havia também cabixis, que são exatamente o resultado de um entrecruzamento de índios de diversas tribos, ou, no caso do caburé, teremos o cafuzo propriamente dito. Esse pessoal é que habitava esse quilombo. Nos demais quilombos, havia não só negros, como havia índios, como havia brancos. Então, qualquer coisa que se faça tradicionalmente em relação a quilombo tem que ter uma visão antropológica. Quem mais que um antropólogo para dizer o que era quilombo, o que não era quilombo, o que hoje é quilombo, o que deixa de ser quilombo, ou, se exigirem um formalismo de regra, vamos dizer: quem mais vai saber o que é remanescente de quilombo? É preciso, sim, fazer essa digressão histórica.

Mas chegamos aos dias de hoje, e o pessoal diz: "Ah, mas precisa ser grupo tribal". Bom, o que vamos ter? Vamos ter o quilombola negro. Mas ele não pode ser só negro: ele tem que ser negro e ter tribo. Seria propriamente o negro afrodescendente ou seria o chamado "negro da terra"? Porque, se olharmos as fotos de Sebastião Salgado a respeito, as fotos de índios atuais, vamos ver que, por mais que a visão rousseuniana do *bon sauvage* quisesse mascarar isso, temos índios de pele bastante escura e temos até uma determinação pombalina, proibindo que se usasse esta expressão "negro" em relação àquilo que se convencionou chamar de "negro da terra", que eram os índios de pele mais escura, cujas tribos vão sempre aparecer com a terminação *una*, que é negro em tupi-guarani, mas, no fim das contas, dentro de um quilombo, essa miscigenação toda não deixa margem para se fazer, formar um quilombola típico e exclusivo.

O que é um quilombo hoje? Hoje o quilombo é uma comunidade com importância cultural, com importância histórica que necessariamente deve ser preservada. Isso é um quilombo. As comunidades remanescentes de quilombos, no fim das contas, são o quilombo de hoje. Esta discussão, então, quer dizer, dando-se uma rápida pincelada no objeto ou nos interessados da coisa, nós vamos ver que existia sim alguma coisa diferente, e na pureza completa lá de Mato Grosso, lá de um lugar bastante isolado, nós temos uma descrição que traduz assim:

Vendo S. Exa. que todos os caburés e índios de maior idade sabiam alguma doutrina cristã que aprenderam com os negros e que se instruíram suficientemente com gosto nesta capital, na qual se lhe acabou de ensinar e ainda alguns índios adultos, pois todos falavam português com a mesma inteligência dos pretos, de quem aprenderam, e como todos estavam prontos para receber o batismo, foi pessoalmente assistir a esse sacramento, sendo padrinho de alguns, assim como doutros, as principais pessoas dessa vila, cuja função se celebrou no dia 06 de outubro, recebendo este sacramento todos os de menor idade e alguns maiores que estavam mais instruídos na religião.

Havia também dentro desse cenário e eu vou pedir licença para me estender um pouco, mas acho que é bastante útil que se tenha essa visibilidade do quilombo. Nós temos que, dentro lá do Quilombo Quariterê, que é o quilombo de Vila Bela, diz assim:

Na organização política residia a especificidade do quilombo que nisso se distinguiu de Palmares e dos quilombos do Ambrósio e de Campo Grande, a forma adotada foi a realeza, havia rei, mas à época da primeira destruição era governado por uma preta viúva, a Rainha Teresa de Benguela, assistida por uma espécie de parlamentar com um capitão-mor e conselheiro. Como em Palmares, na religião havia um sincretismo entre cristianismo e valores religiosos africanos. Quando abatido pela primeira vez, sua população era de 79 negros homens e mulheres e 30 índios levados a ferro para a Vila Bela, morrendo e fugindo muitos. A Rainha Teresa ficou de tal modo chocada e inconformada com a destruição do quilombo, que enlouqueceu. Taunay diz que "quando foi presa, esta negra Amazona parecia furiosa. E foi tal a paixão que tomou em ver conduzir para esta Vila que morreu enfurecida". Os vexames e a grande violência que se abateram sobre a Rainha e seu povo, com o objetivo expresso da subjugação humilhante, foram demais para Teresa, que encontrou na loucura uma forma de reação, recusando-se a se entregar e a curvar-se à autoridade dos brancos. Os quilombolas sofreram castigos cruéis em praça pública, expostos à curiosidade do povo, e foram marcados a ferro com a letra F, conforme determinação de alvará régio. O suicídio foi o gesto supremo de rebelião da Rainha à dominação dos brancos.

De lá vem essa história de injustiça até os dias de hoje. Eu não quero aqui absolutamente falar em obrigação de ressarcimento ou de indenização em relação ao passado. Eu quero falar de situação de injustiça presente, injustiça de hoje, que o constituinte quis, senão reparar, pelo menos suavizar.

Em relação a quilombo, a antropologia é o lugar certo para se saber o que é quilombo, quem é quilombola, quem é remanescente de comunidade quilombola. E foi isso que foi feito. A Fundação Palmares fez um trabalho de arqueologia para identificar esse pessoal.

No que tange propriamente à questão de constitucionalidade, vamos ver que os direitos fundamentais têm eficácia imediata. Que fundamentalidade é essa? Vejamos, mediante a positivação de determinados princípios, e aqui estou com o livro do ilustre jurista Ingo Wolfgang Sarlet, que é 'A Eficácia dos Direitos Fundamentais', em que S. Exa. diz: *Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de ... (lê) ...em autêntica - e aqui o autor usa aspas - em autêntica reserva... (lê) ...bondade intrínseca.* Bondade intrínseca, e fecham-se as aspas.

Então, se a questão é de fundamentalidade, temos aqui, estamos aqui irrecusavelmente diante de direito fundamental. A manutenção da própria cultura, o direito à diferença, isso tem a ver com dignidade da pessoa humana, isso é direito fundamental, e, como direito fundamental, efeitos imediatos. E efeitos imediatos significam, direito significa dispensa de qualquer espécie de legislação de transição. Essa disposição constitucional de efeitos imediatos aconteceu em decorrência do que se via nas Constituições passadas em que havia uma série de direitos arrolados, mas entrava-se na história de que eram normas programáticas, ou seja, pendiam de regulamentação, regulamentação essa que não vinha jamais e simplesmente aquela parte da Constituição jamais tinha vigência porque faltavam os decretos, faltavam as regulamentações. Tenho até que dizer e justificar que em diversas ocasiões eu votei por inconstitucionalidade

por falta de regulamentação, mas isso em se tratando de Direito Tributário. Em Direito Tributário, sim, é imprescindível a existência de lei formal para amparar decreto, em face de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Mas isso aqui é direito fundamental e, como direito fundamental, guarda eficácia imediata.

No tocante, se *ad argumentandum tantum*, nós tivéssemos de falar em necessidade de fundamentação, perguntaria: mas o que falta complementar? Não querer o quê? Que se faça uma lei dizendo aquilo que a Constituição já diz? Está tudo

ali. Então vamos fazer uma lei só *pro forma*, para dizer aquilo que já está mencionado, aquilo que já está dito.

No tocante à utilização da desapropriação, eu colhi até do posicionamento da Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, hoje aposentada. Ela absolutamente era contra a utilização da desapropriação, porque, a seu ver, o art. 68 do ADCT absolutamente outorgava o título. Eu não vejo, assim, dentro desse raciocínio, absolutamente nenhuma falha. O que eu tenho é que, na hipótese presente, essa desapropriação nasce de interesse social. O remanescente de quilombola que está na posse de terras dentro do art. 68 tem direito à titulação direta, tem sim direito à titulação direta, mas em lugar nenhum está proibido usar desapropriação para uma política pública de alto cunho social. É interesse social, sim, e como interesse social é que se faz a regulamentação por decreto, que absolutamente não tem nada de autônomo. O fato da transitoriedade do art. 68 do ADCT é explicado simplesmente porque se mandou titularizar, e, no momento em que foi outorgado o último título, acabou-se a necessidade do artigo. É transitório, é provisório por isso. Agora, jamais ficará obstaculizada a utilização da desapropriação por interesse social para uma política de auxílio, de amparo e de reconhecimento em relação aos quilombolas.

No que tange à sociedade tribal, estava lembrando aqui das brigas, das verdadeiras guerras tribais que existem na África. De maneira nenhuma tribo é uma coisa só de índio. E vou dizer mais: quando precisaram, foram buscar nos quilombos os lanceiros negros.

De qualquer modo, não vejo absolutamente essa inconstitucionalidade, não vejo também por que eu haveria de vincular o meu entendimento ao entendimento do ilustre Cezar Peluso, uma vez que foi um voto emitido dentro de um julgamento que ainda não se complementou - ele mesmo pode voltar atrás.

De modo que peço vênias para divergir e voto pela constitucionalidade do decreto.

É como voto.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ:

Sr. Presidente:

Também vou pedir a máxima vênias à eminente Relatora, com seu brilhante voto. Também tenho como autoaplicável a disposição do art. 68 do ADCT, que considero um direito fundamental também. E justamente por essa condição de direito fundamental é autoaplicável. Mas, também como direito fundamental, ele é princípio. Se recorrermos à teoria dos direitos fundamentais do Alexy, veremos que os

direitos fundamentais são qualificados pelo conteúdo como princípios, e os princípios - e aí abandono o Alexy - considero, na linha do Dworkin, como imperativos, como válidos para regular o caso concreto. Na verdade, os direitos fundamentais, que estão incluídos no sistema constitucional, possuem uma dupla funcionalidade, uma natureza dúplex, ora se comportando como princípios, ora se comportando como regras. Comportam-se como princípios, na medida em que lhe inserem cláusulas restritivas gerais com base em outros princípios contrapostos aos que embasam os direitos fundamentais. Por outro lado, comportam-se como regras, na medida em que, uma vez inseridas as cláusulas restritivas, se aplicam aos casos concretos.

E princípios, senhores, não são mandados de otimização na minha perspectiva, ao contrário do que apregoa, talvez hoje, o entendimento doutrinário majoritário. Esser, por exemplo, fala em princípios não jurídicos, juízos de valor, orientações morais. Penso que princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra. Princípios não são meras orientações políticas, mandamentos morais; são fontes de direito. Princípios têm a qualidade jurídica e, no caso em que se conformam como direitos fundamentais, têm autoaplicabilidade.

Do meu voto, um pouco longo, apenas ficaria nesta referência de um parecer muito bem-lançado do Procurador da República Daniel Sarmiento, que atua, acredito, no TRF da 2ª Região, em que ele faz uma resenha preciosa dessa situação específica e diz:

Uma das principais conquistas do Movimento Negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao Texto Magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O referido preceito constitucional atende simultaneamente a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga a uma ação da igualdade substantiva da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes... (lê) ...os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

A propósito da discussão do alcance da Convenção 169 da OIT, é pacífico hoje na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que se aplica não só às comunidades tribais, mas também às populações tradicionais. Em pelo menos três casos aquela corte reconheceu isso. Não só Suriname, em dois casos também envolvendo o Estado Paraguai e comunidades indígenas se fez essa extensão, esse elastério que já é hoje pacificado no Direito Internacional.

Prosseguindo com Daniel Sarmento:

É possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos, presentes dentro ou fora do texto constitucional... (lê) ...voltada à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria étnica historicamente estigmatizada.

Faço referência também aqui ao parecer do Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, da época, ao manifestar-se enquanto *custos legis* nos autos da própria ADI 3.239.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Des. Paulo, só um momento, por favor: tenho um compromisso inadiável agora e vou ter que me ausentar. O Des. Thompson mantém o pedido de vista, então vou aguardar. E peço ao Des. Wowk Penteado para presidir a sessão.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ:

Prosseguindo, então, Cláudio Fonteles diz que:

O art. 68 do ADCT requer cuidadosa... (lê) ...a máxima eficácia.

Estou fazendo referência também nesse voto a um precedente muito bem-lançado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reconhecendo a eficácia imediata do dispositivo em referência, da 5ª Turma, Relatora a Des. Federal Selene Maria, que não vou citar.

E digo, finalizando:

Ora, o que o Decreto nº 4.887 de 2003... (lê) ...pela Procuradoria Regional da República nesta Casa.

Assim, peço vênias para rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

Des. Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO (PRESIDENTE):

Devo votar em seguida, ainda que esteja na excepcional posição da presidência, porque o Des. Tadaaqui presidiu a sessão até esse momento e disse que aguardaria o pedido de vista. Então, após o Des. Paulo Afonso, continuo, na ordem de antiguidade.

Minha concepção, e vou pedir vênia à eminente Relatora, é a mesma já declinada pela divergência instaurada. Vejo que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal refere a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, e também compreendo da forma já declinada, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, extraindo a mesma hermenêutica já declinada pelos que me antecederam na divergência.

Portanto, reitero o pedido de vênia à eminente Relatora e rejeito a presente arguição de inconstitucionalidade.

Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ:

Sr. Presidente, recebi nessa matéria alentados memoriais. O Dr. Ricardo aqui presente me encaminhou um material de mais de 200 páginas, e quero examinar essa questão e prometo que trarei o mais rápido possível na próxima sessão da Corte Especial. Peço vista dos autos.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO:

Tenho por tradição aguardar os votos-vistas, embora o caso tenha uma especial importância que merecesse até soluções mais breves, mas vou manter essa tradição e vou aguardar o voto-vista.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS:

Sr. Presidente, o nosso Tribunal é regional, exerce jurisdição sobre o Estado do Paraná e Santa Catarina. Cabe-me inicialmente saudar os cidadãos paranaenses que estão aqui presentes, nomeadamente do Município de Guarapuava, que vêm à distante Porto Alegre na defesa dos seus direitos. Cabe-me também saudar os eminentes Procuradores que fizeram o uso da palavra, que circularam pelos Gabinetes dos Juizes desta Corte, que muito contribuíram para o conhecimento dessa importante questão social instaurada no âmbito da comunidade de Guarapuava, Paraná.

Mas é necessário deixar claro aos interessados nesta causa, sejam aqueles da cooperativa, sejam aqueles que se intitulam descendentes de quilombos, quilombolas, que se reconhecem como tais, que neste momento não está em discussão questão outra senão um debate provocado pelo Juiz, ainda em primeiro grau, no sentido de entender que o procedimento que está em andamento pelo INCRA é um procedimento que se mostra viciado por um aspecto que nós costumamos chamar de ilegalidade. Mais do que isso, entendeu o Juiz de primeiro grau que não está em discussão apenas uma questão que costumamos chamar de ilegalidade, está em discussão uma questão mais importante, que nós costumamos chamar de

inconstitucionalidade. A diferença parece não existir, porque, ao fim e ao cabo, se diz que a norma é inválida por um ou outro motivo, mas para aqueles do Direito, para aqueles que estudam a ciência jurídica essa diferença é substancial. Ela é muito importante.

Em primeiro lugar, temos neste país uma Constituição. Todos os Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário se submetem a essa Constituição. Todos os Estados, Municípios e o Governo Federal se submetem a essa Constituição, mas mais do que isso, todos os Juizes deste País se submetem a essa Constituição. Então, quando se diz que um ato do Governo, por exemplo, no caso federal, contraria essa mesma Constituição, imaginem os senhores e senhoras a importância que tem esse debate. Ou seja, a Constituição, em poucas e rápidas palavras, é um grande acordo que todos os brasileiros se celebram para viver nesse País. Ou seja, todos aqueles que estão no território brasileiro, mesmo nascidos aqui ou não nascidos aqui, juram obediência à Constituição, porque ela é a regra maior que todas as que existem que nos fazem viver em sociedade.

Quando alguém, mesmo o Governo, contraria, viola essa Constituição, está-se diante de uma questão muito importante, tão importante que todos os Juizes deste País têm a obrigação de examiná-la, ainda que não tenham sido provocados a isso. Ou seja, ainda que ninguém discuta isso, todos os Juizes deste País são obedientes à Constituição e, se entenderem que na sua frente está algo que de alguma forma possa violar essa mesma Constituição, ele Juiz tem a obrigação de examinar esse fato. No caso concreto, diz-se que esse procedimento, realizado pelo INCRA, violou essa Constituição. É apenas isso que está sendo debatido aqui. Nós não estamos enfrentando a questão que está em jogo lá em Guarapuava, ou seja, se são ou não descendentes de quilombolas, se têm ou não direito à terra, se está errada ou certa a cooperativa, se os títulos são válidos ou inválidos, enfim, todo e qualquer debate estabelecido lá em Guarapuava, é lá que deverá ser enfrentado. Aqui apenas está em discussão se está presente nesse procedimento desencadeado pelo INCRA alguma ofensa a isso que chamamos de Constituição.

Vários argumentos foram apresentados, Sr. Presidente, argumentos de ordem, digamos assim, jurídica, argumentos de ordem antropológica, argumentos de ordem sociológica e até argumentos de ordem econômica, por que não dizer, há uma componente patrimonial que envolve todo conflito fundiário, ou seja, disputa sobre terras neste País.

O grande argumento trazido à Corte, Sr. Presidente, é que esse Decreto é inconstitucional, e assim entendeu a Des. Marga Tessler, Relatora deste feito, por considerar ausente uma lei. Lei, aquilo que nós conhecemos, que é aprovado pelos deputados e senadores lá em Brasília, lei essa que deveria regular esse mesmo

procedimento do INCRA. Pois bem, aqui estamos diante de um decreto. Decreto, em princípio, não é editado por deputado e senador, mas sim por Presidente, no caso da República, eventualmente pelo governador do estado e eventualmente por prefeito do município. No caso aqui, temos um decreto editado pelo Presidente da República.

A Relatora compreende e tem seus fundamentos para assim entender que esse Decreto violou sim isso que chamamos de Constituição, e se violou, não pode ser aplicado, e se não pode ser aplicado, na consequência todo o procedimento do INCRA está errado, está equivocado. Outros Juizes deste Tribunal entendem de forma diferente, ou seja, esse Decreto, em princípio, não violou a Constituição, logo poderia ser aplicado e se pode ser aplicado, lá em Guarapuava é que a questão vai voltar a tramitar após ser decidido o recurso que está aqui no Tribunal por uma das Turmas desse mesmo Tribunal.

Sr. Presidente, de todos os argumentos que ouvi, e muitos me sensibilizaram, o mais importante deles é que eu, assim como aqueles que votam pela divergência, não chego à conclusão que o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, chamado de ADCT, é uma norma incompleta, não extraio essa conclusão, Sr. Presidente. Vejo naquele texto jurídico de nível constitucional que uma norma que diz o que quis dizer, ou seja, os deputados federais e senadores, quando lá em 1988 foram a Brasília para escrever a Constituição também escreveram, digamos assim, esse texto complementar chamado ADCT, e o que lá está escrito é resultado de todas as tensões que existem neste país, ou seja, uma Constituição, um processo para elaborar uma Constituição é um processo que reúne o que há de melhor em um país, ou seja, todos os interesses locais, estaduais, regionais, nacionais são debatidos pelos deputados federais e pelos senadores.

Sabem todos que não existe unanimidade neste país, não existe, durante algum tempo tivemos algumas unanimidades, mas com o passar das sociedades isso vai mudando. E assim não é diferente em um processo em que se elabora uma Constituição, ou seja, os interesses são muito diversificados, as pessoas têm pontos de vista diferentes. Mas do debate desses pontos de vista, dessa troca de ideias entre esses pontos de vista se chega àquilo que nós costumamos chamar de consensos, acordos. Por isso que digo que a Constituição é a reunião desses consensos, desses acordos, ou seja, o que for possível ser acordado. Essa em essência é a tônica da Constituição. É isso que reflete a Constituição no momento em que ela foi elaborada, no caso, 05 de outubro de 1988. E quando esses mesmos deputados e senadores eventualmente não chegam a um consenso digamos assim mais forte, mais pleno, que possa de alguma forma ser posto em prática naquele momento, costumam, digamos assim, elaborar uma norma provisória, uma norma que acene para o futuro, exatamente quando reunidos os predicados para que ela entre em vigor, para que ela seja executada plenamente.

Também eles lançam mão desses recursos quando não é possível naquele momento terem a exata dimensão daquilo que eles estão acordando. No caso, o art. 68 previu, estabeleceu o reconhecimento de direitos a muitas comunidades não só quilombolas, mas mesmo a muitas minorias sim, o país tem majorias e tem minorias, não só quilombolas.

Chegou-se a esse consenso porque no momento em que preenchidas as condições que ali foram escritas, essas mesmas minorias poderiam reivindicar os seus direitos desde que, digamos assim, esses mesmos direitos sejam compatíveis com o que ali foi escrito. Pois bem, diz-se aqui neste processo que esse decreto posto em prática pelo Governo Federal e executado pelo INCRA não encontra correspondência nesse art. 68 do ADCT.

Penso que em um plano da inconstitucionalidade eu vejo essa correspondência. Já se mencionou aqui, a eminente Relatora resumiu isso no seu brilhante voto, no seu exaustivo voto, que ao seu ver a lei deveria ter feito isso, e esse decreto estaria longe dessa, digamos assim, competência.

Parece- que quando, lá em 1988, quase em um juízo premonitório, quase que em um juízo antecipando o futuro, diante das dificuldades que os deputados e senadores não tinham condições de superar naquele momento, se escreveu naquele documento, que a todos devem submissão neste País, que esse reconhecimento se daria uma vez estabelecidos esses pressupostos, isso se fez, porque já naquela época estava em andamento um grande debate na comunidade internacional. O Brasil não é uma nação que vive isolada, o Brasil é uma nação inserida no conjunto de países que existe no mundo. O que acontece fora do Brasil também interfere com o Brasil. Ou seja, o Brasil não está de costas para o restante do mundo, ele sofre todas as influências que existem ao redor dele. E essa luta pela terra, essa luta pelo reconhecimento de minorias, essa luta pela afirmação de identidades é uma luta mundial, não é, digamos assim, exclusiva dos senhores e senhoras de Guarapuava, é uma luta que existe em todos os rincões deste mundo.

Exatamente por isso é que se mencionou aqui a Convenção da OIT. Essa convenção - e, quando se diz convenção, o próprio nome está dizendo; convenção: ou seja, alguém convencionou, alguém acordou -, essa convenção reúne não pessoas, mas sim países, ou seja, uma convenção internacional, diferentemente da nossa Constituição, que é um acordo entre brasileiros que estão neste País e mesmo não brasileiros, mas que moram, que residem aqui, envolvendo, portanto, quem está no Brasil. Uma convenção não reúne só quem está no Brasil, uma convenção reúne todos os países que participam dela. No caso dessa Convenção da OIT, muitas nações tomaram assento e lá debateram esses assuntos. Se dessa convenção se extrai uma perspectiva de que deve haver um reconhecimento dessas minorias, desses povos,

dessas comunidades, não se pode, a meu ver, pelo menos, Sr. Presidente, ignorar-se que o Brasil, em fazendo parte dessa mesma Convenção, pode se colocar de costas ao que lá foi estabelecido. Ou seja, o que lá é discutido, o que lá é aprovado, desde que o Brasil a ratifique, e o Brasil fez isso, isso gera no mínimo um compromisso, um compromisso que é internacional. E durante muito tempo, neste País - foi mencionado isso aqui -, esse compromisso era algo, digamos assim, retórico. Com o passar do tempo, essa percepção foi sendo alterada, e esses compromissos passaram a ser legítimos compromissos. Todos aqui sabem o que é um compromisso. O português, nossa língua, nosso idioma, dá um significado claro quando você diz que tem um compromisso ou que estabelece um compromisso. É de conhecimento geral, Sr. Presidente, quando se diz que se estabelece um compromisso com alguém. Ou seja, nessa convenção o Brasil, o país, a nação brasileira estabeleceu esse compromisso, e, a partir do momento em que um país, uma nação estabelece um compromisso em âmbito internacional, insisto, ele não pode ignorar isso que ele fez, esse compromisso que ele assinou.

Portanto, se considerarmos a existência de uma convenção internacional, se considerarmos uma norma prevista no ADCT, que, a meu ver, dispensa qualquer complemento, também devemos considerar que não havia necessidade de uma norma intermediária para se chegar ao Decreto Presidencial. Parece-me, Sr. Presidente, que esse é o cenário em que se está diante neste caso.

Então, Sr. Presidente, pedindo a máxima vênua à eminente Relatora, penso que apenas, como disse no início, nesta questão de inconstitucionalidade, não no que tange à decisão que vai ser tomada em Guarapuava - isso é outra questão -, apenas nesta questão da inconstitucionalidade, acompanho aqueles Juízes que entenderam que esse decreto não se encontra viciado de qualquer forma. Rejeito a arguição.

Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA:

Sr. Presidente:

Com a máxima vênua da nobre Relatora, que fez um excelente trabalho, sob determinada ótica, também estou me alinhando à divergência, entendendo que o art. 68 do ADCT se constitui em norma constitucional autoaplicável, não dependendo de regulamentação infraconstitucional, encerrando o dito dispositivo autêntico direito fundamental. Dessa forma, estou rejeitando a presente arguição de inconstitucionalidade.

Des. Federal CELSO KIPPER:

Sr. Presidente:

Vou aguardar o pedido de vista.

Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA:

Sr. Presidente:

Também, em que pese que o julgamento exija rapidez, vou aguardar o voto-vista do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK:

Sr. Presidente:

Peço vênias inicialmente ao Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, que pediu vista, mas já tenho condições de proferir o meu voto e vou procurar fazê-lo na forma mais breve possível:

O objeto da inconstitucionalidade é o Decreto 4.887, que regulamenta a demarcação e titulação das terras quilombolas... (lê) ...com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Saliento também que o § 1º daquele mesmo dispositivo previu que a caracterização de tais remanescentes seria atestada mediante autodefinição, sendo a mesma inscrita no cadastro geral junto à Fundação Cultural Palmares, encarregada de expedir as certidões naquele sentido.

Pedindo vênias ao brilhante voto, com uma profunda fundamentação técnica trazida pela Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, não vejo o Decreto 4.887 como regulamento autônomo; vejo como suas bases de ligações com a Constituição, a Lei 9.874/99 e a Convenção 169 da OIT e também o Pacto de San José da Costa Rica, como já tão bem abordado pelo Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz e Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus. Enfim, estou repelindo a ideia de que tal decreto seria um regulamento autônomo, pois, como disse, encontra suporte nos regramentos que antes mencionei.

Aponto ainda uma singularidade na questão em julgamento: que se tornou necessária a edição do Decreto 4.887/2003, o qual, sem se afastar da pricipiologia dos regramentos gerais do processo administrativo federal, previstos na Lei 9.784/99, adaptou-os às especificidades do domínio empírico. Portanto, a Lei 9.784/99, em conjugação com a própria Constituição, dá amparo ao Decreto 4.887/2003.

Para não me alongar, apenas a título de complementação: uma ação declaratória, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Marco Aurélio, de nº 710, e há outra, de nº 977, que impugnava o Decreto 22, de 04-02-1991, então vigente, e que regulamentava a demarcação de terras indígenas ao fundamento de que o Poder Executivo teria extrapolado o poder regulamentar, que foi tão bem abordado pela eminente Relatora.

Transcrevo apenas a ementa, que diz:

Ação direta de inconstitucionalidade. Atos meramente administrativos. A ação direta de inconstitucionalidade é meio impróprio ao ataque de atos meramente administrativos. Isto ocorre quando se impugna decreto do Chefe do Poder Executivo com o qual se disciplina a demarcação de terras indígenas e se traçam parâmetros para a atividade administrativa ser desenvolvida. Possível extravasamento resolve-se no âmbito da ilegalidade.

No caso, a demarcação e a titulação das terras quilombolas, mediante o aludido decreto, é questão similar, pelo que entendo. Com a devida vênia, trata-se de exercício legítimo e dentro dos limites legais do que a Constituição consagra no art. 84 como poder regulamentar.

Assim, Sr. Presidente, antes de encerrar, gostaria de cumprimentar todos os procuradores que fizeram uso da palavra, pelo seu brilhantismo de conteúdo, e cumprimentar mais uma vez a eminente Des. Marga pelo seu voto, mas, pedindo vênia, voto no sentido de conhecer do incidente, mas rejeitá-lo.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI:

Sr. Presidente:

Pretendo ser breve. Realmente não me satisfiz com as duas posições extremas que vi dos membros do colegiado e vou adotar uma terceira posição. Leio aqui no art. 1.239 do Código Civil: *Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua por cinco anos, só cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho e de sua família, tendo nela sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade.* Se a área for maior, mas for utilizada para fins produtivos, lá morando o possuidor, quilombola ou não, o prazo aumenta para dez anos. E, se não morar ali, mas, de qualquer maneira, ocupar, o prazo ainda poderá se estender para 15 anos. Mas, em princípio, os brasileiros ou os que moram no território brasileiro, quilombolas ou não, descendentes de imigrante de qualquer nacionalidade, que ocupem terras no

Brasil, nessas condições, se tornam proprietários da terra. É o instituto velho do usucapião.

Basicamente, como essas terras me parece que se situam na zona rural, bastam cinco anos para que os quilombolas adquiram a propriedade. Mas é evidente que, se são quilombolas, essas posses são imemoriais, então terão 50, cem anos, mais até. Então, me pergunto: Qual é o problema? O Código Civil garante o direito dos quilombolas e dos não quilombolas, todos são contemplados. Já no começo do seu texto a Constituição brasileira diz que a República Federativa do Brasil visa a promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Então, parti dessa perplexidade. Se o Código Civil garante, com um prazo tão pequeno, a titulação à propriedade, porque essa discussão toda? Por que esse decreto? Deve ter alguma explicação para se querer fugir da solução do Código Civil, que é tão simples, é tão prática e sempre foi utilizada. Vou ao art. 68 do ADCT, ali está escrito: *Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando - isso remete à posse, à ocupação - suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.* Daí se extrai claramente o seguinte: que os remanescentes das comunidades dos quilombos têm a posse sobre a terra, e essa posse é imemorial.

Agora, nem precisaria ser imemorial, bastariam cinco anos na generalidade do caso, já que não há, dificilmente ocorre, à exceção de um caso aqui em Porto Alegre, quilombo na área urbana. Mas, enfim, cinco ou dez anos é um prazo bastante reduzido. Esse requisito, então, é bastante simples. O outro requisito, a outra peculiaridade do artigo é que o Estado reconhece a propriedade e outorga títulos. Ora, em que situação o Estado titula alguém? Quando ele é proprietário do imóvel. Ah, então aí a coisa ficou clara. Se o imóvel está na propriedade privada, o quilombola, o descendente de imigrante, entra com a ação de usucapião. Agora, se a terra é pública, nós sabemos que o próprio Código Civil e a Constituição dizem: as terras públicas são inusucapíveis. Então, sendo pública a terra, há necessidade de o Estado titular essa propriedade que é dele, pois o particular não pode ingressar com a ação de usucapião.

Este dispositivo, nesse sentido, o art. 68 do ADCT, contempla, então, a possibilidade de o Estado titular as terras públicas para os quilombolas, já que os quilombolas, tendo a posse dessas terras, não podem adquiri-las por usucapião, porque são terras públicas. Então, agora não há mais contradição, a coisa ficou bastante lógica, faz sentido.

Leio o decreto. O que ele estipula? Normas processuais para titulação: reconhecimento da posse dos quilombolas, de quem são os quilombolas, e o processo

de titulação. Começa com terras da União: ilhas, lagos, etc. e tal. Mais à frente, fala de terras dos estados, municípios e Distrito Federal.

Com relação às terras da União, é evidente que basta o Estado fazer um processo administrativo, reconhecer a posse e expedir o título, garantindo as regras ambientais e outras da legislação. No tocante aos bens públicos de estados, Distrito Federal e municípios, o art. 12 do Decreto nº 4.887 fala que simplesmente o INCRA encaminha os autos para os entes responsáveis pela titulação. Então, se é imóvel público da União, o INCRA faz o procedimento e titula. Se é dos estados, municípios e Distrito Federal, o processo é encaminhado para os órgãos públicos, as entidades públicas proprietárias para que eles titulem. O problema desse decreto é que ele foi além do devido nos artigos 13 e 14.

Começo pelo art. 13, que diz o seguinte: *incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos, título de domínio particular*. Esta redação é alguma coisa realmente que fere a lógica: *incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos, título de domínio particular* - um título de domínio incide nos territórios das... É difícil de entender o que se quer dizer aí. Parece-me que aqui a intenção, já que o decreto extrapolou, é esconder alguma coisa. E o que se diz aqui é basicamente o seguinte, que haveria também a possibilidade de titulação de terras de particulares. Então, o INCRA fica autorizado a ingressar nos imóveis, fazer a avaliação, fazer a medição e depois ingressar com a ação de desapropriação. Ora, aqui é que está a inconstitucionalidade do decreto, porque o art. 68 do ADCT tem um foco, tem um âmbito, que é o âmbito que não é o do usucapião. Sim, porque não faz sentido que o constituinte estabeleça, de uma forma complicada, como essa do decreto, alguma coisa que já está posta de forma simples no Código Civil. Só se o legislador fosse louco. Mas não se pode presumir a loucura do legislador constituinte.

Então para mim a coisa é muito simples: o que não cabe a usucapião foi regulado pelo art. 68 da ADCT. As terras públicas, que são do Estado, ele as titula, e não precisa desapropriar, evidentemente, porque são dele. E também não tem sentido ele desapropriar e dar para o particular aquilo que já é do particular por usucapião. Realmente não faz sentido. Por que é que o Poder Público... Se o quilombola está na posse, ele tem a posse e tem a propriedade a ser reconhecida em juízo - a sentença declaratória -, qual é a necessidade de fazer a desapropriação? Para sustentar os funcionários do Estado que entrariam com esses processos e perderiam tempo? Para sustentar advogados? Juízes? Não há necessidade de nada disso.

Concordo com a tese de que esse art. 68 é autoaplicável. Ele é autoaplicável no que tange ao seu âmbito de validade e incidência, que são as terras públicas. E mais, ele não inova o ordenamento jurídico material porque ele é apenas,

nesse aspecto, processual. Então, parece-me, caberia ao Presidente da República editar, como editou esse decreto, estabelecendo normas processuais para cumprimento do art. 68 do ADCT, já que as terras públicas são inusucapíveis, e os quilombolas, mesmo tendo a posse imemorial dessas terras, não poderiam conseguir o seu título de propriedade pela via simplificada do usucapião. Não poderiam. Então se estabeleceu corretamente no decreto.

E aí vem a explicação para um outro fato que causou perplexidade neste Plenário: 25 anos passados desde a promulgação da Constituição, não veio a lei. E nem virá a lei, porque ela não é necessária. O art. 68 do ADCT é autoaplicável nesse âmbito, no âmbito em que não cabe a usucapião: terras públicas. Basta um decreto, que não inova no ordenamento jurídico material, para estabelecer o processo. Aqui está o processo, no decreto. O problema é que ali no meio alguma força diabólica, alguma força estranha enfiou alguns artigos que extrapolaram o âmbito do art. 68 do ADCT. E detecto, aponto: são os arts. 13 e 14. Até ali, tudo certo.

Leio os artigos que estão corretos: *Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.* Simples. É da União.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando a garantir a sustentabilidade dessas comunidades, conciliando o interesse do Estado. Perfeito.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação. Perfeito.

O problema começa, então, no art. 13: *Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado... será realizada vistoria, etc. Parágrafo 2º: O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com disposição de prévio estudo, etc. e tal.*

Estes dispositivos, o 13 e o 14, são francamente inconstitucionais, porque exorbitam do âmbito do art. 68 do ADCT. Então, esse artigo 68, resumindo, do ADCT regulou uma situação que não podia ser resolvida pelos quilombolas, que é a ocupação

de terras públicas, porque se as terras não são públicas é simples. Está ali no Código Civil, qual é a dificuldade? Não precisa da ajuda do Estado, basta um advogado, e advogado é o que não falta no Brasil, nem Juiz, face à interiorização da nossa Justiça. Cada comunidade tem o seu Juiz, juizados especiais, defensoria da União, dos Estados, o que não falta é aparelho jurídico no nosso Brasil.

Até, abrindo parênteses, me recordo que quando eu era Juiz Estadual, na década de 80, fui fazer uma audiência criminal, furto de um botijão de gás por um rapaz que era analfabeto, até desdentado, e veio o promotor. Aí comentei com ele: "Olha, doutor, essas pessoas que nós vamos ouvir, os partícipes do processo, à exceção nossa e dos servidores, todos os outros são analfabetos." Porque eu pedia que o sujeito dissesse se era alfabetizado ou não. Os Juizes politicamente corretos não fazem essa pergunta, eu sempre perguntei, até para eu me inteirar da situação da minha comunidade. De fato, as testemunhas, todos os que falaram eram analfabetos. Comentei com esse promotor: "Doutor, o senhor veja a situação, mandam para essa comunidade, essa cidade, Delegado de Polícia, Juiz de Direito, Promotor de Justiça, funcionários do Judiciário e do Ministério Público; faltam médicos, odontólogos, assistente social. Falta tudo, mas mandam o aparelho judiciário repressivo para a comunidade. Falta o educador? Falta. As populações são analfabetas. Falta tudo, menos... Porque, enfim, é o país dos bacharéis, como se diz.

Então, para mim, eminentes colegas deste Colegiado, a situação ficou simples e está resolvida de uma forma sistemática pelo nosso ordenamento jurídico. Os quilombolas têm a posse, o direito deles é garantido pelo ordenamento jurídico, nem precisa muito tempo, cinco anos, mas têm muito, eles têm décadas de posse sobre os imóveis. Até a República? Bom, aí incide o art. 68 do ADCT. Esse art. 68 precisa de uma lei que o regulamente? Não precisa, porque basta um decreto processual, que é o Decreto nº 4.887, que estabelece os procedimentos prévios à titulação. O Estado titula o que é dele, não é o que não é dele, isso é um absurdo, o Estado titular o que não é dele. Se cabe desapropriação, ou não, não sei. A desapropriação é prevista em outros dispositivos constitucionais e em leis extravagantes. É outro problema.

Então, para concluir, acolho a arguição de inconstitucionalidade no tocante aos artigos 13 e 14 do Decreto nº 4.887 de 2003, porque eles extrapolaram o âmbito demarcado pelo art. 68 do ADCT.

Esse é o meu voto, Sr. Presidente.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA:

Sr. Presidente, vou aguardar o voto-vista do Des. Thompson Flores.

Decreto 4.887 de 2003 nos seus arts. 13 e 14. Oportunamente o julgamento prosseguirá após o voto-vista do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

NOTAS DA SESSÃO DO DIA 19/12/2013

CORTE ESPECIAL

Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ:

Sr. Presidente:

Agradeço a preferência que V. Exa. está dando a este processo e também para as pessoas que estão aqui para assistir o mesmo.

Inclusive interrompi férias para proferir esse voto, tendo em vista a importância do caso e aproveitando que, eventualmente em férias vários colegas, a composição da Corte Especial estará certamente desfalcada nos próximos dois meses. Então, para não atrasar o processo, interrompi as férias, e V. Exa. gentilmente me concedeu esse direito. E eu trouxe o voto-vista:

VOTO-VISTA (no Gabinete)

Des. Federal NÉFI CORDEIRO:

Também me alinho à divergência. Nós não estamos discutindo o caso concreto, mas a questão é a inconstitucionalidade do decreto e vejo suporte constitucional para a desapropriação que ele trata.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

V. Exa. também rejeita.

Des. Federal CELSO KIPPER:

Sr. Presidente:

Tive acesso, ouvi atentamente todos os votos, também li o voto do Min. Cezar Peluso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e em um primeiro momento pensei que talvez fosse mais prudente esta Corte inclusive esperar o resultado do julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas, de qualquer forma, e

entendendo esta Corte de, desde já, decidir como estamos entendendo, o que me pareceu, dos argumentos já traçados pelo Min. Cezar Peluso e que de certa forma foram encampados pela Relatora do presente processo, é que é dada uma interpretação, ao estabelecer uma espécie de usucapião centenário, que inviabiliza, na prática, a obtenção de propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, que, de certa forma, restringe demasiadamente o art. 68 do ADCT.

Então, nesse sentido, Sr. Presidente, não me alongando muito, estou me alinhando a uma interpretação que consagra uma maior efetividade dos direitos, a um direito fundamental, o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos, e que dá uma efetividade real ao art. 68 do ADCT, combinado com o art. 215, § 1º, da Constituição, com o art. 216, *caput*, e incisos, da Constituição e também com o art. 216, § 1º, dessa mesma Constituição.

Então, Sr. Presidente, eu me alinho à divergência. Peço vênias para fazer meus os argumentos já delineados pelo Des. Lugon. Agora também tive a oportunidade de ler o extenso voto, extenso e muito bem feito voto do Des. Lenz, também peço vênias para adotar os fundamentos ali colocados, e igualmente gostaria que fizesse parte da minha fundamentação a excelente sustentação oral do Ministério Público Federal na última assentada.

Então, nesse sentido, Sr. Presidente, eu acompanho a divergência.

Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA:

Sr. Presidente:

Eu também tive oportunidade de receber as partes interessadas, assistir à manifestação do Ministério Público Federal e vou alinhar-me à divergência. Penso que se trata de direito fundamental. Nós temos que ampliar o espectro de eficácia desses direitos, não amesquinhá-lo. Parece-me que a interpretação restritiva leva a esse caminho, ou seja, praticamente, como disse o Des. Federal Celso Kipper, à total ausência de eficácia do art. 68.

De modo que, com essas singelas considerações, apoio-me nos bem fundados votos, inaugurado pelo Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, a divergência, secundado pelo Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz e agora, em um brilhante e extenso voto apresentado pelo Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, de modo que me convenci, com a vênias dos argumentos apresentados pela eminente Relatora, de que não é caso de inconstitucionalidade.

Por isso, com estas brevíssimas considerações, rejeito o incidente.

Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE:

Sr. Presidente:

Eu não estava presente no início do julgamento, mas eu li a transcrição das sustentações orais, li atentamente os votos que me antecederam, li os inúmeros memoriais que me foram apresentados e também recebi as partes em meu Gabinete, de sorte que me considero habilitado para votar. E o farei, dizendo que tenho firme convicção de que o fortalecimento do estado democrático de direito segue o rumo da progressiva diminuição do grau de discricionariedade dos atos da administração pública.

As ideologias que informam os governos - e os governos são temporários -, devem sim nortear as linhas mestras nas escolhas das políticas públicas a serem seguidas por esse mandato, mas a administração pública deve guiar as suas ações por valores que são imanentes ao bem comum, que sobrepassam a essas ideologias e que não ficam, como bem disse a ilustre Relatora no seu voto, ao sabor das marés dos governos. Esses valores são: o combate à corrupção, o combate à impunidade, o combate à pobreza, a garantia dos direitos fundamentais, a proteção ao meio ambiente, a busca de uma educação básica de qualidade, etc.

O legislador constitucional, atento a essa realidade, tratou de questões sensíveis na Constituição, preocupado com essa situação. É, em especial, uma questão sensível a que diz respeito à intervenção do poder público na propriedade, se pegarmos, por exemplo, algumas situações constitucionais que dizem respeito a isso. Em primeiro lugar, desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. A discricionariedade do poder público se limita à escolha da área a ser atingida pelo decreto expropriatório. Fora isso não há mais discricionariedade. A constitucionalidade, a legalidade dos procedimentos são norteados por critérios objetivos de mensuração até matemática para a verificação de que a propriedade rural não cumpre ou cumpre a sua função social. Temos isso muito bem posto na Lei 8.629/93, que trata do grau de utilização da terra e do grau de eficiência na exploração da terra. Diz que o grau de utilização da terra deverá ser igual ou superior a 80%, calculado em relação ao percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitada total do imóvel. E o grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100%, de acordo com uma sistemática que é dada na própria legislação.

Se pegarmos outro exemplo, a legislação ambiental. A legislação ambiental também é norteadada por critérios objetivos. E esses critérios objetivos se verificam na aferição das áreas de preservação permanente. São critérios com caráter geográfico; por exemplo, o que é um promontório, o que é um costão, critérios até de

caráter botânico, saber o que é uma vegetação fixadora de dunas. E critérios matemáticos, qual a largura de uma mata ciliar, qual é o grau de declividade de uma encosta de morro. Então, há critérios objetivos a serem seguidos pelo administrador.

O terceiro exemplo, estamos chegando hoje ao caso concreto que trata, vamos falar das terras indígenas. Nas terras indígenas, parece-me que houve aqui um movimento inverso e os critérios objetivos cederam aos critérios de natureza subjetiva. Temos aqui nenhum critério de aferição objetiva, mas temos critérios antropológicos, critérios culturais, critérios sociais, históricos, etc. Pergunto eu: essa é a melhor escolha? Teria sido essa a melhor escolha? Não sei. Confesso que tenho dúvidas. Mas não cabe ao julgador verificar se a escolha está certa ou está errada. Essa é a escolha do legislador constitucional. E com relação às terras indígenas, temos pronunciamento do Supremo Tribunal Federal certificando que tal procedimento de demarcação das terras indígenas, com base em critérios antropológicos, é constitucional.

Chegamos, então, aos quilombos, aos remanescentes de quilombos. A situação é muito semelhante à que ocorre com relação às terras indígenas. Não temos ainda um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. Mas tudo indica que haverá um julgamento que será semelhante ao que já foi feito às terras indígenas, e então não vejo como presumir aqui a inconstitucionalidade. Teríamos que presumir a constitucionalidade desta matéria.

Por essa razão é que, pedindo vênias à ilustre Relatora e elogiando a qualidade técnica e a consistência do seu brilhante voto, vou me aliar à divergência, referindo-me aos argumentos que já foram expostos pelos votos que me antecederam, que evidentemente não irei repetir, e apenas fazendo esse pequeno acréscimo.

Então, também rejeito a arguição.

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE:

Bem, eu também, com a vênias da eminente Relatora, vou me alinhar à divergência, porque entendo que uma interpretação literal, restritiva do art. 68, levaria à conclusão de que o mesmo é prescindível à defesa dos direitos fundamentais dos quilombolas, posto que os arts. 183 e 191 da Constituição Federal seriam suficientes para proteger os seus direitos, posto que tratam de usucapião de terras de quem tem a posse há mais de cinco anos. Logo, penso que é recomendável uma interpretação ampla como corolário da máxima efetividade constitucional, interpretação essa sistemática, devendo ser cotejada com os artigos 215, § 1º, e 216 da Constituição, e teleológica, cumprindo assim com o objetivo de proteção dos formadores da nacionalidade brasileira. Tudo isso em consonância com uma interpretação

principlológica, que também estará consagrando a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça social.

Então, estou me alinhando, com a vênua da Relatora, à divergência.

Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK:

RETIFICAÇÃO DE VOTO

Sr. Presidente, peço a palavra, porque, embora já tenha, na sessão passada, proferido o meu voto. Primeiramente, gostaria de cumprimentar o Des. Thompson Flores por seu brilhante voto, mas, reestudando toda a questão, buscando elementos inclusive na sentença de primeiro grau e documentos que verifiquei junto aos autos, vou fazer uma retificação de voto e pediria que V. Exa. considerasse este como voto. Primeiramente, acompanho o voto da eminente Relatora Des. Marga em todo os seus termos e ainda faço esses breves comentários.

De efeito, o que se discute é o art. 68 do ADCT... (lê) ...que também é impugnada.

Então, com esses breves fundamentos e, aderindo ao voto da eminente Des. Federal Marga Barth Tessler, pedindo vênua aos que votaram em sentido contrário, retifico meu voto para acompanhar a eminente Relatora.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Nesta questão de arguição de inconstitucionalidade, também a Presidência vota.

No meu voto, consigno o seguinte:

VOTO (no Gabinete)

Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:

Permissa vênua, Sr. Presidente, eu inaugurei a divergência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5045299-38.2015.4.04.0000

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

AGRAVANTE : PORTO PONTAL PARANA IMPORTACAO E EXPORTACAO
S.A.

ADVOGADO : PEREGRINO DIAS ROSA NETO
: FERNANDA MACIEL GARCEZ

AGRAVADO : MARIO TEIXEIRA

ADVOGADO : JAMES BILL DANTAS
: CELIO LUCAS MILANO
: FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA
: AMIR JOSE FINOCCHIARO SARTI
: Saulo Sarti
: Lia Sarti
: Ludmilla Guimarães Rocha
: Cauê Martins Simon

INTERESSADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ - IAP
: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO
NACIONAL - IPHAN

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO : RICARDO BURG MLYNARZ
: VOLNEY ZANARDI JUNIOR

DATA DA
DECISÃO : 13/042016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. EMPREENDIMENTO PORTO PONTAL PARANÁ IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. COMPONENTE INDÍGENA. PARTICIPAÇÃO DA FUNAI. NECESSIDADE. LIMITES DA COGNIÇÃO DESTE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1- A decisão agravada concedeu, parcial e provisoriamente, liminar em ação popular, suspendendo o licenciamento ambiental do empreendimento, até que o empreendedor e os órgãos competentes adotassem as providências que eram cabíveis para avaliação e proteção do componente indígena no licenciamento ambiental.

2- Por ocasião do deferimento da liminar, havia situação fática que justificava a adoção das providências antecipatórias pelo juízo agravado, uma vez que em ação popular anterior já se havia decidido que o componente indígena era relevante e que a Funai deveria cumprir o que lhe cabia quanto ao componente indígena e ao eventual interesse de comunidades indígenas atingidas.

3- A intervenção da Funai e a consideração do componente indígena não pode se dar de forma abstrata e genérica, apenas no plano formal, mas precisa ser realizado por meio de atos e estudos concretos, envolvendo a participação dos interessados e dos órgãos administrativos competentes para acompanhar e conduzir o licenciamento ambiental (inclusive, no caso do componente indígena, com a participação efetiva da Funai).

4- Neste agravo de instrumento, cabe apenas conhecer e controlar a decisão agravada, suas condições e seus requisitos, não avançando aqui o Tribunal sobre os fatos subseqüentes e desdobramentos do cumprimento da decisão agravada. Essas questões supervenientes e fatos novos devem ser levados ao juízo da causa, para que decida a respeito, inclusive quanto ao cumprimento do que havia determinado inicialmente e quanto à suficiência das medidas adotadas pelos interessados e órgãos responsáveis. Devem ser objeto de nova decisão pelo juízo da causa, controlável por novo agravo de instrumento, mas não parece prudente nem adequado avançar na discussão desses questões neste agravo de instrumento, que discute e ataca apenas a decisão inicial.

5- Decisão agravada mantida, ressaltando-se ao juízo da causa decidir a respeito dos fatos supervenientes e novas alegações, inclusive decidir se as providências posteriormente adotadas pelos interessados foram suficientes e atenderam ao que havia sido mencionado na decisão agravada.

6- Agravo improvido.

RELATÓRIO

Este **agravo de instrumento** foi interposto por PORTO PONTAL PARANÁ IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A contra decisão que, em **ação popular** tendo por objeto o licenciamento ambiental do empreendimento Terminal Portuário Pontal do Paraná, particularmente a expedição da licença de instalação, deferiu em parte a antecipação da tutela para o fim de suspender o processo de licenciamento até que seja solicitada, nos autos do respectivo processo administrativo, a manifestação da FUNAI acerca das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

A decisão agravada proferida pelo Juiz Federal Alexandre Moreira Gauté tem o seguinte teor (processo originário, evento 39):

Trata-se de ação popular cujo escopo é a declaração de nulidade de todas as licenças e autorizações concedidas (ou a serem concedidas) à ré Porto Pontal após a emissão da renovação da licença prévia nº 376/2010 (em 11/03/2013), no bojo do processo administrativo de licenciamento ambiental nº 02001.007335/2005-97, referente ao Terminal Portuário Pontal do Paraná - Canal Galheta, em trâmite perante o IBAMA, até que sejam cumpridas todas as condicionantes previstas na LP, que ainda estão pendentes, bem como o cancelamento do processo conduzido pelo IAP sob o nº 11.965.503-0, relativo ao licenciamento da Via Arterial 1, para fins de determinar a sua remessa e regular processamento perante o IBAMA.

Requer a concessão de ordem liminar para o fim de suspender os dois processos administrativos e todas as licenças e autorizações concedidas (ou a serem concedidas) à ré Porto Pontal após a emissão da renovação da licença

prévia nº 376/2010, bem como que determine aos réus que se abstenham da prática de quaisquer atos decorrentes da LI, sob pena de multa diária, cominada inclusive em face das pessoas físicas indicadas como réus.

Narra o autor que em 30/11/2005 teve início processo administrativo junto ao IBAMA para licenciar o empreendimento denominado Terminal Portuário Pontal do Paraná (TPPP), no qual foi emitida a licença prévia nº 376/2010 à revelia da manifestação da FUNAI, o que acarretou a propositura da ação de autos nº 500550-92.2014.404.7008 perante este juízo, cujo escopo é a declaração de nulidade dessa licença prévia e de sua renovação. Diz que foi deferida liminar suspendendo os efeitos da LP em sede de agravo de instrumento, porém foi proferida sentença de improcedência do pedido sob o fundamento de que os vícios poderiam ser sanados mediante a solicitação de complementações e/ou revisões antes da instalação do empreendimento, já que o licenciamento ambiental é composto de várias etapas e ainda não havia sido iniciada aquela instalação.

Alega que tais vícios, apontados nos autos daquela outra ação, não foram sanados antes da instalação do empreendimento e ainda se somaram a outros, que, embora levados ao conhecimento do TRF da 4ª Região em sede de apelação, não foram conhecidos com o entendimento de que se tratava de questão estranha aos limites daquela lide. Dessa forma, continua o autor, não restou outra alternativa senão o ajuizamento da presente demanda para atacar os vícios existentes no processo administrativo após a renovação da mencionada licença prévia.

Aduz, em, síntese, que:

a) em 05/05/2015 foi expedida a licença de instalação nº 1059/2015 sem que estivessem formal e materialmente atendidas as obrigações legais no tocante à participação da FUNAI;

b) não houve participação do IPHAN e do IAP;

c) foram desatendidas as condicionantes previstas para fins de emissão dessa LI, com especial destaque para a condicionante 2.21, que diz respeito à viabilidade do acesso viário ao TPPP;

d) houve ampliação da área objeto do licenciamento entre a emissão da LP e a da LI, sendo certo, ainda, que se trata de área sob litígio.

A respeito do vício relativo à não participação da FUNAI, o autor afirma, em resumo, que:

a) a participação da FUNAI no processo administrativo de licenciamento ambiental nº 02001.007335/2005-97 é obrigatória porque há risco de lesão a comunidades indígenas existentes na região onde se pretende instalar o empreendimento;

b) após a concessão da liminar nos autos de ação popular nº 500550-92.2014.404.7008, em que foi reconhecida a necessidade de participação da FUNAI, ela retomou o acompanhamento do licenciamento e emitiu termo de referência para orientar a elaboração de componente indígena do EIA do Porto Pontal;

c) competia à FUNAI regularizar todas as pendências até então verificadas para fins de convalidação da LP, tal como admitido na sentença proferida nos autos nº 500550-92.2014.404.7008, e, ainda, realizar uma série de atos formais e materiais para fins de emissão da LI, o que não ocorreu;

d) nos termos da Instrução Normativa nº 1/2012 da FUNAI, nas fases que antecedem a licença prévia e a licença de instalação, ela deve adotar uma série de providências, dentre as quais estão a manifestação técnica quanto à possibilidade de emissão da LI, após a manifestação das comunidades afetadas, com envio de ofício ao órgão licenciador indicando a aprovação do programa básico ambiental, e a celebração de termo de compromisso com o empreendedor a fim de assegurar a implementação do cronograma estabelecido;

e) a única tarefa efetivamente cumprida pela FUNAI foi a primeira daquelas listadas na inicial, evidenciando-se, assim, o seu descaso na condução das atividades sob sua responsabilidade;

f) se não há informação no processo administrativo nem no histórico do parecer que orientou a concessão da LI, acerca do cumprimento das etapas discriminadas na inicial, é de se concluir que elas materialmente não ocorreram;

g) nos autos nº 5000550-92.2014.404.7008 flexibilizou-se a nulidade da LP, permitindo-se sua complementação e saneamento sob a condição de que isso ocorresse antes da instalação do empreendimento, porém assim não agiram o IBAMA, a FUNAI e a Porto Pontal;

h) a falta de participação da FUNAI no processo administrativo acarretou danos concretos aos indígenas, que não puderam participar do licenciamento ambiental de empreendimento, que trará impactos em suas comunidades, não sabem a proporção desses impactos porque não foram feitos os estudos ambientais pertinentes, nem mesmo para fins de mitigação, e, ainda, porque tais impactos serão necessariamente intensos, haja vista a dimensão do empreendimento licenciado e o grau de detalhamento do termo de referência apresentado pela FUNAI.

No tocante à ausência de participação do IAP e do IPHAN no processo, alude, em síntese, ao seguinte:

a) enquanto a FUNAI não se preocupou em comunicar ao IBAMA o andamento dos estudos relativos ao componente indígena do empreendimento (se é que houve algum andamento), o IBAMA não se preocupou com a conclusão destes estudos ao conceder a LI e também não se preocupou em buscar a atuação do IPHAN previamente à emissão da LI, embora fosse sua obrigação fazê-lo;

b) o dever do IBAMA de provocar a participação do IPHAN e do IAP está previsto nos artigos 5º a 7º da Portaria nº 419/2011, bem como nos artigos 5º, 7º e 8º da Portaria nº 60/2015, que preveem a solicitação de manifestação de órgãos e entidades envolvidos no processo no período que antecede a emissão da LI;

c) o interesse do IPHAN é manifesto na medida em que ele próprio informou que o empreendimento se aproxima do sítio arqueológico tipo sambaqui

denominado Guaraguaçu, razão pela qual este instituto se manifestou previamente à emissão da LP;

d) os estudos exigidos pelo IPHAN para fins de análise da emissão da LI foram apresentados pela Porto Pontal em 24/04/2015 (fls. 1757-1760 do processo administrativo) e, sem que houvesse resposta ou qualquer manifestação do IPHAN, foi emitida a LI em 05/05/2015, o que torna nula a licença concedida, nos termos do art. 2º da Lei 4.717/65;

e) há inequívoca omissão do IAP, eis que ele mesmo reconheceu que existem unidades de conservação sob sua tutela que são afetadas pela porção marinha do provável local do empreendimento.

Quanto às condicionantes para concessão de LI, sustenta que:

a) a LI tem o propósito de autorizar a instalação do empreendimento, de acordo com os planos, programas e projetos já aprovados, incluindo as condicionantes (art. 8º, II, da Resolução 237/97 do CONAMA), consoante entendimento já firmado pelo TCU;

b) as pendências existentes em relação ao licenciamento ambiental em questão vêm sendo indevidamente transferidas, desde a sua fase inicial, para as fases subsequentes, sendo que, encontrando-se já em fase de licença de instalação, ainda não foram implementadas todas as medidas que deveriam ter sido adotadas antes da edição da licença prévia;

c) houve a emissão da licença de instalação sem que tenham sido completamente atendidas todas as condicionantes previstas quando da emissão e renovação da LP, sem que tenham sido aprovados todos os planos e programas ambientais e sem que tenha sido comprovada a viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (condicionante 2.21), apesar de manifestação da área técnica do IBAMA pela regularização das pendências antes da emissão da LI (PROCADM 17 a 19, fls. 1761-1796);

d) no que tange à condicionante 2.21 da LP, as rodovias PR407 e PR412, vias que serão utilizadas para acesso viário ao TPPP, não têm capacidade para suportar o tráfego de caminhões que será gerado com a sua instalação, tanto que o IBAMA chegou a dizer que 'seria necessário compatibilizar o porto e o acesso rodoviário para possibilitar a viabilidade ambiental do empreendimento' (fl. 1.474 - PROCADM9)

e) as soluções aventadas seriam a realização de melhorias na PR- 407, a fim de permitir maior fluxo de veículos e suportar veículos de carga (duplicação/estrutura), e a construção da Via Arterial 1, paralela à PR-412, que seria utilizada pelos veículos de carga. A utilização da PR-412 foi expressamente descartada nos termos do Estudo de Impacto Ambiental - EIA do empreendimento;

f) a Via Arterial 1 passou a ser objeto de licenciamento perante o IBAMA, porém, no curso do processo, a Porto Pontal noticiou interesse do Estado do Paraná em licenciar a via e o processo foi, então, transferido ao IAP;

g) a Porto Pontal passou a se manifestar no processo administrativo pela impossibilidade de cumprimento da condicionante 2.21, bem como pela emissão da LI à sua revelia, como se a Via Arterial 1, ao invés de

indispensável, fosse apenas uma condição útil à execução das obras. Não obstante a gravidade da situação, o IBAMA chegou a admitir a operação do TPPP sem a existência da Via Arterial 1, em total descaso com os interesses ambientais por si tutelados e em inequívoco desvio de finalidade;

h) há o risco de o TPPP ser instalado sem que a única alternativa ambientalmente viável a acessá-lo esteja definida, uma vez que a incapacidade das vias existentes já foi reconhecida e que suas condições críticas serão agravadas pelo fluxo decorrente da instalação do terminal;

i) não bastasse o desatendimento das condicionantes da LP, foi liberada pela área técnica do IBAMA a imediata construção do empreendimento sem prova do cumprimento de condicionantes previstas na própria LI, acatando argumento da Porto Pontal no sentido de que as obras iniciais estariam contempladas pelo licenciamento ambiental da empresa Technit;

j) a FUNAI manifestou seu interesse no licenciamento das vias que darão acesso ao TPPP e o IBAMA o reconheceu, portanto, esse reconhecimento dos impactos da Via Arterial 1 em terras indígenas, bem como a necessidade de consideração dos impactos sinérgicos entre a via e o empreendimento em terras indígenas determinam, necessariamente, que o licenciamento da Via Arterial 1 tramite perante o IBAMA, e não perante o IAP, nos termos do art. 7º, XIV, da LC 140/2011.

Por fim, sustentou haver irregularidades relativas ao substancial incremento da área do TPPP dentre as fases de LP e LI, à falta de zelo do IBAMA em relação à notícia de que a área onde se pretende instalar o TPPP é litigiosa e, ainda, ao fato de o faseamento da LI ser meramente 'pro forma', eis que os impactos gerados pela 'fase 1' são os mais significativos.

Devidamente intimados, os réus manifestaram-se previamente nos eventos 16 (IAP), 17 (Porto Pontal), 20 e 25 (IBAMA), 22 (FUNAI), 24 (IPHAN), 33 (Volney Zanardi Junior) e 35 (Ricardo Burg Mlynarz).

O IAP afirmou apenas que o empreendimento (TPPP) é licenciado pelo IBAMA e que, em relação à via de acesso a ela, tramita nessa autarquia estadual o processo que trata da duplicação da PR407, em análise para emissão de LAS, e da nova faixa de infraestrutura em Pontal do Paraná, em que se aguarda apresentação de EIA e RIMA (evento 16).

A Porto Pontal sustentou que (evento 17):

a) a validade da LP e a efetiva participação da FUNAI foram exaustivamente discutidas nos autos de ação popular nº 5000550-92.2014.404.7008, julgada improcedente;

b) relatando as interlocuções entre ela, a FUNAI, e o IBAMA, disse que a FUNAI foi devidamente informada de todos os atos do processo administrativo nº 02017.007335/2005-97 (em trâmite no IBAMA), que tramitam nos autos nº 08620.002893/10 perante a FUNAI;

c) nos termos do art. 6º, I e §4º da Portaria Interministerial nº 419/2011, a ausência de manifestação tempestiva dos órgãos e entidades envolvidos no processo de licenciamento ambiental não implicará prejuízo ao seu andamento nem à expedição da respectiva licença;

d) a Portaria Interministerial nº 60/2015, que revogou a anterior, traz disposição com o mesmo teor, de modo que não há prejuízo ou ilegalidade no fato dos estudos de componente indígena serem realizados concomitantemente ao licenciamento pelo IBAMA;

e) na ata da reunião realizada em 27/01/2015 na FUNAI, ficou consignado que 'em relação às manifestações da FUNAI quanto às licenças do Porto, Burg afirmou que vinculará o processo do Componente Indígena da Via Arterial 1 como condicionante da LI do Porto para emissão da LO';

f) no que diz respeito à suposta revelia do IPHAN, este aprovou o relatório final e considerou o empreendimento apto a receber a licença de instalação (ofício 539/2015) e, além disso, as ações de resgate arqueológico ocorrerão antes de qualquer intervenção na área, cumprindo as determinações do IPHAN e do projeto de resgate arqueológico;

g) no tocante à implantação da Via Arterial 1, esclareceu que foram realizadas reuniões, estudos e vistorias técnicas, e que protocolou junto ao IBAMA, em 26/03/2015, resposta ao parecer nº 02001.000253/2015-93 COPAH de 23/01/2015 e solicitação de faseamento da licença de instalação do TPPP;

h) a Via Arterial 1 é uma obra estratégica e essencial para todo o litoral paranaense, uma vez que sua demanda extrapola as necessidades exclusivas do TPPP, tendo em vista que são anseios da população local e dos turistas que enfrentam enormes filas e congestionamentos nas épocas de veraneio;

i) somente depois da atualização dos dados e dos esclarecimentos prestados por ela (Porto Pontal), que assumiu o risco de que o empreendimento só poderá entrar em operação com a implantação da Via Arterial 1, o IBAMA concedeu a licença de instalação com a condicionante de que a licença de operação não poderá ser emitida sem a implantação daquela via;

j) até o presente momento não houve qualquer intervenção na área, tendo em vista que a empresa ainda aguarda publicação de portaria do IPHAN para poder realizar o resgate arqueológico, declaração de utilidade pública e autorização de supressão de vegetação;

k) em nenhum momento a área total do terreno foi alterada, sendo que a diferença apontada pelo autor decorre de alinhamentos de projeto entre a LP e a LI, inclusive refinamento topográfico e alinhamento do cais com relação a Technit por medidas de segurança, conforme solicitado pelo próprio IBAMA;

l) a LI poderá ser emitida por trechos, fases e etapas específicas, dependendo do interesse do empreendedor, tal como prevê o 'Guia de Procedimentos de Licenciamento Ambiental Federal do IBAMA', e ela (Porto Pontal) optou por requerê-la em três fases;

m) a Via Arterial 1 não está inserida em terras indígenas, tendo sido tal circunstância expressamente referida pelo IBAMA;

n) o Decreto Federal 8437/2015, que regulamenta o art. 7º, XIV, 'h', da Lei Complementar 140, deixa claro que deverão ser licenciados pela União

apenas os empreendimentos localizados ou desenvolvidos em terras indígenas, ou quando se tratar de rodovia federal;

o) não há perigo de dano irreversível porque ainda não foi realizada qualquer intervenção na área e porque as condicionantes estabelecidas no licenciamento importam uma série de verificações a serem realizadas em face de qualquer nova intervenção.

O IBAMA se manifestou no evento 20, juntou documentos no evento 25 e afirmou que todos os perigos alardeados pelo autor não passaram despercebidos no processo de licenciamento e foram ressaltados como condicionantes. Destacou, em síntese, que:

a) a FUNAI foi informada sobre os atos do processo de licenciamento do Porto Pontal;

b) após a análise do atendimento das condicionantes da LP nº 376/2010 (renovação) e demais documentos constantes no processo nº 02001.007335/2005-97, foi emitida a licença de instalação nº 1059/2015;

c) após a emissão da LP, foi protocolado na FUNAI um plano de trabalho do componente indígena pela Porto Pontal, foi determinada a revisão de alguns pontos, foi realizada reunião entre empreendedor e FUNAI em Brasília e foi protocolado na FUNAI plano de trabalho revisado;

d) apesar da FUNAI ainda não ter se manifestado oficialmente sobre o estudo do componente indígena no âmbito do processo de licenciamento ambiental do Porto Pontal, a Portaria Interministerial nº 419, de 26/10/11, e a Portaria Interministerial nº 60, de 24/03/2015, que vieram para esclarecer a atuação dos órgãos envolvidos no licenciamento, não são aplicáveis ao licenciamento do Porto Pontal, uma vez que o TR para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental do empreendimento foi emitido antes da data de publicação da Portaria Interministerial nº 419/11, de modo que não há regulamentação aplicável à situação do licenciamento Porto Pontal sobre o momento exato em que a FUNAI deve se manifestar de forma definitiva;

e) a LI 1.059/15 não autoriza qualquer intervenção na área do empreendimento sem que sejam atendidas várias condicionantes, de modo que não há previsão de ocorrerem, em curto prazo, impactos ambientais nas terras indígenas em decorrência das obras do empreendimento;

f) com o objetivo de conciliar o início das obras do Porto Pontal com a manifestação da FUNAI sobre o estudo do componente indígena das terras indígenas Ilha da Cotonga e Sambaqui, o IBAMA propõe retificar a LI nº 1.059/2015, de maneira a incluir uma condicionante sobre a necessidade de manifestação da FUNAI antes de qualquer intervenção na área do empreendimento, assim como já ocorre em outras condicionantes;

g) conforme o parecer nº 02001.001565/2015-14 COPAH/IBAMA, do dia 30/05/2015, o IPHAN autorizou a execução do levantamento arqueológico e do programa de educação patrimonial na área do empreendimento, e emitiu o ofício nº 539/15 em 08/06/2015, informando que o empreendimento estaria apto a receber a LI;

h) com relação ao acesso viário ao empreendimento, foram analisados os documentos encaminhados pelo empreendedor e demais manifestações constantes no processo administrativo, a partir dos quais foram confeccionados pareceres que deram lastro à emissão da licença de instalação;

i) destacam-se as condicionantes 2.2, 2.7 e 2.9 dessa LI, sendo que a última determina que o início da operação do empreendimento está vinculado à operação da Via Arterial 1;

j) em relação ao possível desatendimento das condicionantes da LI, esclareceu que o IBAMA liberou, após realização de vistoria, a implantação da contenção frontal e lateral entre o cais da empresa Technit e a área de futura instalação do cais Porto Pontal, obra necessária à segurança estrutural dos cais das duas empresas, ainda não iniciadas;

k) as áreas do empreendimento indicadas na LP e na LI são as mesmas, tendo havido mero equívoco na soma da metragem que constou da LP, ao não considerar o aterro hidráulico;

l) não estão presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela.

A FUNAI apresentou informações preliminares no evento 21, oportunidade em que seu procurador limitou-se a afirmar que 'está participando do processo de licenciamento e exigindo que a componente indígena seja levada em conta dentre os condicionamentos (anexo).'

O IPHAN disse apenas não vislumbrar seu interesse jurídico no objeto desta ação e requereu sua exclusão da lide (evento 24).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não acolhimento do pedido liminar ante a não comprovação da verossimilhança das alegações e a ausência de perigo de dano irreparável (evento 29).

Volney Zanardi Junior, ex-Presidente do IBAMA, apresentou informações preliminares no evento 33 e ratificou aquelas prestadas pelo IBAMA. Destacou que o autor não apontou qualquer atitude que ele, na condição de Presidente do IBAMA, tivesse tomado em desacordo com o interesse institucional.

Ricardo Burg Mlynarz prestou informações no evento 35. Sustentou que o interesse institucional da FUNAI não foi deixado à margem. Disse que não há pedido formulado contra a sua pessoa e que, como técnico da autarquia indigenista, responsável pelo componente indígena, sempre atuou no exercício de suas atribuições regulamentares e legais. Sustentou ainda que o termo de referência específico para a elaboração do componente indígena dos estudos de impacto ambiental foi consubstanciado no documento submetido ao Ibama por meio dos Ofícios nº 699/PRES/FUNAI-MJ e nº 744/2014 e 759/2015/DPDS/FUNAI-MJ.

Nova manifestação do autor no evento 34, ratificando o pedido formulado na inicial.

Manifestou-se novamente a Porto Pontal pelo indeferimento do pedido liminar (evento 36).

Sobreveio outra manifestação do autor no evento 37, refutando os argumentos invocados pela Porto Pontal de que teria interesses diversos na promoção desta ação popular. Sustentou, ainda, que o fato da Portaria Interministerial 60/2015 prever que a não manifestação dos órgãos responsáveis não obsta o licenciamento, não quer dizer que não deva ser solicitada sua manifestação.

Passo a decidir.

A possibilidade de concessão de medida liminar para suspensão do ato impugnado é expressamente prevista na Lei da Ação Popular (artigo 5, § 4º, da Lei 4.717/65). Há que se verificar, por conseguinte, em sede de cognição não exauriente, a plausibilidade do direito invocado pelo autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja imediatamente suspenso o ato impugnado.

Como detalhadamente explicado pelo autor, versa a presente demanda sobre alegadas irregularidades que teriam ocorrido no processo de licenciamento ambiental a partir da emissão da licença prévia, ao passo que aquela veiculada nos autos de ação popular nº 50000550-92.2014.404.7008 diz respeito a vícios anteriores e concomitantes à expedição dessa licença.

À vista do interesse público primário na proteção ambiental, que tem sede constitucional (art. 225 da CRFB), a atuação do órgão fiscalizador e licenciador é passível de questionamento perante o Poder Judiciário naquilo que exorbita sua esfera de atribuição ou no que contraria os postulados que orientam a sua atuação.

Assentada essa premissa básica e atento ao fato de que a licença de instalação, diferentemente da licença prévia, autoriza a gradativa implantação do empreendimento, passo a apreciar, em sede de cognição sumária, os argumentos apresentados pelas partes.

Participação do IPHAN e do IAP

No ofício constante do evento 24 (OUT2), o Superintendente do IPHAN afirmou que existe um EIA-RIMA elaborado em 2009, cujos estudos revelaram a existência de sítios arqueológicos na ADA e AID do empreendimento, quando aquela Superintendência emitiu anuência à LP condicionada à execução de prospecções arqueológicas intensivas para a segunda fase do licenciamento.

Acrescentou que nos autos do processo administrativo nº 01508.000381/381/2014-92, referente ao Levantamento Arqueológico e Programa de Educação Patrimonial na área de instalação do TCPP, foi confirmada a presença de sítios arqueológicos que serão resgatados na fase de instalação do terminal.

O IPHAN manifestou-se ainda em 2009 (evento 1, PROCADM7, p. 531), à vista do EIA/RIMA, no sentido de que o empreendedor deveria contratar equipe de arqueólogos para apresentação de um projeto de prospecção e resgate arqueológico nas áreas do TCP para análise e autorização das pesquisas por parte daquele Instituto.

Em abril de 2015, a Porto Pontal apresentou ao IBAMA o resultado da etapa arqueológica prospectiva na área do Terminal, documento também protocolado junto ao IPHAN (evento 1, PROCADM17, p. 26-28).

Na análise de condicionantes da LP, realizada pelo IBAMA, consignou-se que a Portaria 45/2014, do IPHAN, autorizou a execução do projeto de levantamento arqueológico da área de inserção do empreendimento, com validade de 12 meses (evento 1, PROCADM19, p. 3).

Em 08/06/2015, o IPHAN emitiu o ofício nº 539/15, no qual afirma que considera o empreendimento apto a receber a licença de instalação, mediante o cumprimento das condicionantes ali listadas (evento 25, OFIC10).

O IAP, por sua vez, após análise do estudo e relatório de impactos ambientais, manifestou-se favoravelmente ao prosseguimento do licenciamento ambiental (evento 1, PROCADM7, p. 683).

Desse modo, em relação a essa parte da causa de pedir, não vislumbro, nesta quadra processual, verossimilhança nas alegações do autor, hábeis a ensejar o deferimento da liminar.

Ampliação do empreendimento

Tal como explicado pelo IBAMA, a diferença apontada pelo autor, relativamente às áreas do empreendimento, consoante indicadas na licença prévia e na licença de instalação, advém de mero equívoco na soma da metragem contida na licença prévia, que deixou de considerar o aterro hidráulico.

De outra face, não ressaem dos autos do processo administrativo elementos que indiquem ter havido injustificado aumento da área objeto de licenciamento, o que me parece suficiente, ao menos por ora, para rejeitar a concessão da liminar com base nesse fundamento.

Descumprimento de condicionante relativa ao acesso viário

De acordo com os documentos do processo administrativo, analisados em sede de cognição sumária, em reunião realizada no IBAMA em 22/04/2008, foi discutida a via de acesso à área do TPPP. Apresentou-se projeto de Via Arterial, a ser implantado pelo município, aprovado pelo Decreto Municipal nº 2.809/2008. Naquela oportunidade, salientou o empreendedor que se a Prefeitura não dispusesse de recursos para implantação, haveria possibilidade de proposição de PPP para instalação (evento 1, PROCADM6, p. 197).

Em julho foi encaminhado ao IBAMA projeto conceitual do Plano Viário (PROCADM6, p. 249).

Foi publicado edital de pregão pela Prefeitura Municipal de Pontal do Paraná, cujo objeto é a contratação de estudos ambientais para o projeto de implementação da Via Arterial (evento 1, PROCADM7, p. 383 e seguintes).

Em 23/04/2009, a Porto Pontal apresentou análise do incremento do tráfego rodoviário durante a instalação do terminal, em cumprimento ao estabelecido em reunião realizada em Brasília com o IBAMA (evento 1, PROCADM7, p.

459). Nas conclusões desse estudo, assentou-se que seria possível a utilização da PR407 na fase de instalação do TCPP por prazo não superior a dois anos, sendo que, para a fase de operação, deveriam ser implementadas as propostas preconizadas no Plano Diretor da Prefeitura de Pontal do Paraná (implantação da Via Arterial e intervenções para aumento da capacidade da PR407).

A Porto Pontal postulou que a conclusão das obras de duplicação da PR-407 e a construção da Via Arterial 1 fossem admitidas como condição para a emissão de licença de operação (evento 1, PROCADM7, p. 609). O Diretor de Licenciamento Ambiental consignou que no tocante à questão do acesso rodoviário, entendendo que, considerando o documento citado à página 3 do referido parecer, denominado 'Análise do incremento de tráfego rodoviário durante a instalação do Terminal de Containeres de Pontal do Paraná, as vias ora existentes podem suprir a instalação do Terminal, desde que executadas as melhorias propostas no documento supracitado. Entendo, no entanto, que a emissão de LI dependerá da comprovação de viabilidade da Via Arterial I, tendo em vista que no mesmo documento destacou-se que a operação do Terminal depende da conclusão da implantação desta Via e das intervenções de aumento da capacidade da PR-407 (evento 1, PROCADM7, p. 721).

Foi, então, emitida a licença prévia nº 376/2010 (evento 1, PROCADM7, p. 1027), com o estabelecimento de condicionantes, dentre as quais, comprovação das melhorias do acesso rodoviário e apresentação de documento comprobatório da viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (condicionante 2.21).

Em parecer técnico elaborado pelo Ministério Público Federal, a respeito do licenciamento do terminal, concluiu-se que o principal entrave para a implantação e operação do TCPP refere-se ao acesso rodoviário, sendo que o IBAMA desde o início assumiu que os processos de licenciamento do terminal e do modal rodoviário seriam independentes. Ressaltou-se que a despeito de existir outro processo de licenciamento para ampliação do sistema viário em nome de outro empreendedor, que possibilite a implantação do terminal, sugere-se sejam definidas também as responsabilidades a serem assumidas pelo TCPP relacionadas à execução de melhorias e/ou duplicações das rodovias de acesso à área portuária (evento 1, PROCADM7, p. 1071).

A licença prévia foi renovada, mantidas as condicionantes (evento 1, PROCADM7, p. 1109).

Em reunião realizada no IBAMA em 18/11/2014, o empreendedor consignou terem sido feitas as melhorias necessárias à implantação do terminal em relação ao acesso rodoviário, e disse que a Via Arterial 1 estava em fase de licenciamento junto ao IAP (evento 1, PROCADM11, p. 2).

Após o protocolo do pedido de licença de instalação, foram analisados os documentos apresentados, relativos à condicionante 2.21, por meio do Parecer Técnico 253/2015-93 - COPAH/IBAMA (evento 1, PROCADM13, p. 9). Como conclusão desse estudo técnico, foram solicitados esclarecimentos complementares pelo IBAMA quanto às melhorias já realizadas no acesso rodoviário, e solicitado novo estudo completo da situação atual das vias PR-407 e PR-412, a partir das premissas fixadas pelo órgão licenciador. Reforçou-se, ainda, a necessidade de comprovação da

viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM13, p. 7 e seguintes).

Em reunião realizada em 09/02/2015 com o IBAMA, o empreendedor diferenciou os momentos de implantação do empreendimento e ressaltou a possibilidade de faseamento da LI, ao que o IBAMA recomendou a formalização de solicitação da LI para a fase 1 e a protocolização de documento atualizado e consolidado frente aos questionamentos do Parecer Técnico 235/2015 (evento 1, PROCADM13, p. 20).

Tais recomendações foram cumpridas pela ré Porto Pontal em março de 2015 (evento 1, PROCADM14, p. 18), quando apresentadas respostas ao Parecer Técnico 253/2015. Explicou-se o cronograma e o andamento da duplicação da PR-407, as condições da PR-412 e solicitou-se o faseamento do licenciamento, com especificação do fluxo de pessoas, insumos e materiais na fase de obras.

Foi realizada nova reunião com o IBAMA em 07/04/2015 (evento 1, PROCADM17, p. 23), oportunidade na qual esse instituto ressaltou que as principais dúvidas diziam respeito aos dados atualizados do faseamento da LI (dados de tráfego e capacidade das vias).

No Parecer Técnico 1565/2015-14 COPAH/IBAMA, datado de abril de 2015, foram analisadas as condicionantes da LP 376/2010 e os documentos relativos à solicitação de LI. Em relação ao acesso rodoviário, destacou-se que diante das informações apresentadas, constata-se que a PR-407 e a PR-412 passaram por processos de melhoria ao longo dos últimos anos, como, por exemplo, adequação nas alças do viaduto do entroncamento da PR 407 com a BR 277, implantação de passagens em nível para pedestres, redutores de velocidade, sinalização e iluminação (evento 1, PROCADM18, p. 7). A equipe avaliou não ter sido apresentado documento efetivamente comprobatório da viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM18, p. 6).

Foram avaliados os novos estudos de trafegabilidade e sugeriu-se a realização de vistoria pelo IBAMA para verificação das melhorias que estão sendo realizadas na PR-407 e na PR-412, de maneira a ratificar as informações apresentadas. A condicionante foi considerada parcialmente atendida.

Em vistoria realizada pela equipe do IBAMA, em maio deste ano, nos locais destinados às instalações do terminal, em que observados inclusive os aspectos relacionados à melhora da malha viária, concluiu-se que a vistoria objeto do presente parecer propiciou melhor conhecimento, por parte desta equipe técnica, da área de futura instalação do empreendimento, bem como das melhorias que têm sido realizadas nas vias de acesso ao empreendimento que não estão sob licenciamento deste Ibama. No que tange ao posicionamento desta equipe sobre a instalação de estacas-prancha na extensão de aproximadamente 10m x 10m, entende-se que não há óbices, contanto que sejam seguidas as orientações contidas neste parecer. Como demandas específicas, originadas pela vistoria, solicita-se que o empreendedor apresente documentação comprobatória da responsabilidade assumida pela MELPORT em relação as famílias, estabelecimentos comerciais ou quaisquer outras edificações ao longo da alça de acesso, ou

manifeste responsabilidade pelas mencionadas família e edificações (evento 1, OUT26).

Determinou-se, então, a elaboração de minuta de LI, constando como condicionante a revisão de avaliação técnica de operação deste empreendimento a partir da resolução da questão da trafegabilidade com conclusão da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM19, p. 14). A condicionante foi expressamente fixada nos itens 2.2, 2.7 e 2.9 da LI 1059/2015 (evento 1, PROCADM19, p. 19).

Após sucessivas reuniões, apresentação e análise de documentos complementares, relativos ao tráfego viário, condições de trafegabilidade e impacto estimado, entendeu o órgão ambiental licenciador que eram adequadas as condições de trafegabilidade durante o faseamento 1 de instalação do empreendimento. Estabeleceu-se limitação ao fluxo de caminhões/dia durante a baixa e a alta temporada e determinou-se a apresentação de cronograma para finalização de instalação da Via Arterial 1 quando da solicitação da LI para as fases 2 e 3.

Portanto, ao que parece, não foi ignorado o fato de que a implantação da Via Arterial 1 é indispensável para se considerar viável o próprio empreendimento portuário. Pelo contrário, ratificou o IBAMA a necessidade de comprovação de viabilidade da Via Arterial, à qual ficou vinculada a concessão da licença de instalação para as fases 2 e 3. É dizer, de acordo com esses documentos, as condicionantes iniciais parecem ter sido devidamente avaliadas pela autoridade ambiental, que as sopesou e as tomou em conta na eleição das novas condicionantes.

Assim sendo, a autorização dessa primeira fase da instalação encontra lastro, em princípio, nos pareceres técnicos já mencionados, elaborados a partir da análise dos estudos apresentados pelo empreendedor, logo estaria situada no âmbito da discricionariedade técnica inerente à atuação do IBAMA em situações desse jaez. Destaca-se, nesse particular, que a autorização guerreada foi conferida tão somente em relação à 1ª fase da licença de instalação.

De outro vértice, consoante se verifica do ofício 381/GS, de abril de 2013, do Governo do Estado do Paraná (evento 1, PROCADM8, p. 35), este anunciou seu interesse na construção da Via Arterial diante da importância estratégica para o Estado, assumindo o empreendimento e acordando, com fulcro na Lei Complementar 140/2011, o reinício do processo de licenciamento junto ao IAP.

A esse respeito, destacou a FUNAI, por ocasião da reunião realizada com a empreendedora Porto Pontal, com relação à Via Arterial 1, que deverá ser encaminhada a ela solicitação de emissão de termo de referência e que é necessária a sua manifestação para que o IAP emita as licenças (evento 1, PROCADM13, p. 5).

Como regra geral, a Lei Complementar 140/2011 mantém o critério adotado pela Resolução CONAMA 237/97, relativamente ao alcance dos impactos ambientais diretos do empreendimento, dependendo o estabelecimento das tipologias do regramento estabelecido por Comissão Tripartite Nacional e Conselhos Estaduais de Meio Ambiente (art. 18, § 3º, da LC 140/2011). Os

órgãos ambientais estaduais, de acordo com esse regramento, possuem competência residual para licenciamento de atividades.

Assim, embora haja evidente interesse da FUNAI no acompanhamento do empreendimento, ao menos em sede de cognição precária, não há menção a que ele esteja inserto em terras indígenas demarcadas, a justificar o imediato (em sede liminar) deslocamento do licenciamento do IAP para o IBAMA, nos termos do artigo 7º, XIV, 'c', da LC 140/2011.

Portanto, ressaltando-se, uma vez mais, a limitação da cognição ora exercida, haja vista o volume de documentos produzidos na esfera administrativa, não se identificam, de pronto, em relação a tais pontos, as irregularidades apontadas pelo autor.

Participação da FUNAI

Após a concessão e a renovação da LP, a FUNAI foi oficiada pelo IBAMA em março de 2014, oportunidade em que lhe foram solicitadas informações sobre o andamento dos estudos específicos do componente indígena, relacionados ao licenciamento ambiental do terminal portuário (evento 1, OUT5, p. 50 e PROCADM9, p. 7).

Em ofício datado de 15/08/2014, endereçado ao IBAMA, a FUNAI encaminhou termo de referência para orientar a elaboração do componente indígena (evento 1, PROCADM10, p. 17, 19-30). O plano de trabalho foi apresentado em 15/10/2014 pela Porto Pontal (evento 1, PROCADM10, p. 36).

Em ofício datado de novembro de 2014 (evento 22, OFIC2), cujo destinatário era o IBAMA, a FUNAI esclarece ter recebido o plano de trabalho para a realização do componente indígena dos estudos de impacto do porto, que estava sob análise da Coordenação Geral de Licenciamento Ambiental. Acrescentou, porém, o seguinte (grifei):

4. Cabe ressaltar, porém, a existência de uma estrada de acesso ao Porto, informada no Plano de Trabalho encaminhado pelo empreendedor como sendo a estrada estadual PR 407, que deverá ser ampliada e asfaltada para viabilizar sua operação, inferindo em impactos significativos à terra indígena Sambaqui (passando dentro da referida terra) e, potencialmente, a outras terras indígenas da região a serem verificadas junto à Diretoria de Proteção Territorial desta Fundação. No âmbito do licenciamento da rodovia PR-407, a Funai emitiu Termo de Referência em 2011 e os estudos não foram realizados, de modo que deverá ser emitido um novo Termo de Referência, contextualizado com os impactos sinérgicos do Porto.

5. Considerando a vinculação direta entre os empreendimentos estrada PR 407 e Porto Pontal do Paraná, esta diretoria considera que além da necessidade de regularização do componente indígena do licenciamento ambiental do Porto Pontal do Paraná, em andamento, é necessário que se realize Estudo de Impacto Ambiental, incluindo seu componente Indígena, para obter subsídios mais substanciados de modo a analisar os impactos do porto em sinergia com a estrada, possibilitando uma análise de viabilidade socioambiental dos empreendimentos de envergadura condizente com os impactos cumulativos sobre as terras indígenas afetadas.

6. Diante deste cenário, informaremos ao empreendedor que será necessária a regularização dos estudos de impacto ambiental de ambos os empreendimentos no que se refere ao componente indígena.

Em outro ofício, datado de 30/06/2015, cujo destinatário também era o IBAMA, afirmou a FUNAI (evento 22, OFIC3 - grifei):

Em 27 de janeiro de 2015 realizamos reunião na sede desta Fundação em que orientamos o empreendedor e equipe consultora para a realização de ajustes no Plano de Trabalho de realização dos estudos, e reforçamos a necessidade da realização de tais estudos para que a Funai pudesse se manifestar adequadamente acerca das licenças do empreendimento.

Entretanto, há de se destacar que a Licença Prévia do empreendimento foi emitida, sem a devida manifestação desta Fundação. Para além disso, no dia 05 de maio de 2015 foi emitida a Licença de Instalação, também sem a solicitação de manifestação a esta Fundação conforme prevê a Portaria Interministerial 60/2015.

Vale ainda ressaltar que, para subsidiar sua manifestação, a Funai deve realizar as devidas consultas aos povos indígenas conforme as regulamentações do componente indígena nos processos de licenciamento ambiental.

Desta forma, considerando a Portaria Interministerial 60/2015 e demais regulamentações vigentes, solicitamos informações a este Ibama, dos motivos desta Fundação não ter sido consultada quanto às licenças ambientais do empreendimento em tela. Nesse sentido, ressaltamos a importância da Funai ser considerada, segundo as normativas, neste processo de licenciamento ambiental, já que o empreendimento denominado Porto de Pontal do Paraná, afeta terras e comunidades indígenas, tal como a TI Ilha da Cotinga, que dista 3 km do empreendimento.

Diante dessa manifestação da FUNAI, conclui-se que o IBAMA sequer solicitou a participação dela no processo que ensejou a emissão da LI. Verifica-se das condições de validade da licença de instalação nº 1059/2015, ademais, que não há qualquer ressalva em relação à apresentação e conformidade do componente indígena ou anuência da FUNAI para operação do empreendimento (evento 1, PROCADM19, p. 17-19). Talvez por isso, o IBAMA propôs agora retificar a LI, de maneira a incluir uma condicionante sobre a necessidade de manifestação da FUNAI antes de qualquer intervenção na área do empreendimento (evento 20).

Como é sabido, em junho de 2002 o Brasil ratificou, através do Decreto Legislativo nº 143, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada pelo Decreto nº 5.051/2004. Essa Convenção, que reconhece como critério fundamental o elemento de autoidentificação e explicita procedimento de reconhecimento de povos indígenas e tribais, estabelece em seu artigo 6º:

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Ademais, os artigos 6º e 7º da Portaria Interministerial nº 60/2015 estabelecem que:

Art. 6º Após o recebimento dos estudos ambientais, o IBAMA, no prazo de trinta dias, no caso de EIA/RIMA, e de quinze dias, nos demais casos, solicitará manifestação dos órgãos e entidades envolvidos.

Art. 7º Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/RIMA, e de até trinta dias, nos demais casos, contado da data de recebimento da solicitação, considerando:

I - no caso da FUNAI, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos;

Em que pese tenha o IBAMA apontado para a inaplicabilidade das Portarias Interministeriais 419/2011 e 60/2015 ao caso, eis que posteriores à data de emissão do termo de referência para o empreendimento em tela, haja vista o contido no art. 12 da primeira e no art. 14 da segunda, é certo que o regramento por elas estabelecido é válido ao menos como parâmetro de atuação, haja vista o que determina a Convenção 169 da OIT: há obrigatoriedade de consulta aos povos indígenas diante de medidas que possam afetá-los diretamente. E o fato é que essa consulta não foi feita antes da emissão da LI.

Em resumo, diante das informações da FUNAI, subscritas por seu Diretor (evento 22, OFIC3), no sentido de que a expedição da LI ocorreu à sua revelia, de modo que as comunidades indígenas afetadas não puderam ser consultadas, evidencia-se a verossimilhança das alegações do autor nesse particular: ilegalidade e lesividade do ato praticado em relação ao patrimônio cultural representado pelas comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento (art. 5º, LXXIII, da CRFB).

Outrossim, a possibilidade de que o início das atividades de instalação do empreendimento venha a impactar a vida das comunidades indígenas que habitam o entorno da área é suficiente para configurar o periculum in mora, o que conduz ao deferimento da liminar.

Destaca-se, por fim, que essa decisão pode ser revista a qualquer tempo se alterados os pressupostos que a fundamentaram, seja pela superveniente dilação probatória, seja pela possibilidade de avaliação do feito sob cognição exauriente.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido liminar para suspender os efeitos da licença de instalação nº 1059/2015, outorgada à ré Porto Pontal pelo IBAMA, até que seja solicitada, nos autos do respectivo processo administrativo, a manifestação da FUNAI acerca das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento, observadas as disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, em caráter subsidiário, as previsões da Portaria Interministerial 60/2015.

Ficam os réus cientes de que eventual descumprimento dessa decisão ensejará a aplicação de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem prejuízo de eventual responsabilização na esfera criminal e por improbidade administrativa.

Intimem-se.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Citem-se os réus para apresentarem contestação no prazo de 20 (vinte) dias, oportunidade em que IBAMA, IAP e FUNAI deverão se manifestar expressamente sobre a atribuição para licenciamento ambiental da Via Arterial 1.

Acaso presente nas contestações alguma das hipóteses previstas nos artigos 325 a 327 do CPC, intime-se o autor para réplica.

Após, intimem-se as partes, a começar pelo autor, para que especifiquem, de forma fundamentada, no prazo sucessivo de cinco dias, as provas que pretendem produzir.

Havendo pedido de produção probatória, façam-se conclusos para despacho.

Não havendo pedido de produção de provas, colha-se o parecer do MPF e, em seguida, venham conclusos para sentença.

A parte agravante alega que: **(a)** houve e está havendo participação efetiva da FUNAI no processo de licenciamento ambiental do empreendimento, do qual a autarquia estava ciente desde seu início, inclusive por iniciativa da agravante; **(b)** instada a se manifestar no processo de licenciamento, a FUNAI forneceu Termo de Referência para elaboração do Componente Indígena, que resultou na elaboração, pela agravante, de Plano de Trabalho do Componente Indígena do Porto, realizado por empresa especializada, que foi debatido em reuniões com a FUNAI e revisado em alguns pontos, sendo gerada uma segunda versão do plano, apta a ser apresentada às comunidades indígenas; **(c)** o processo não tem sido mais ágil pelo déficit de servidores na FUNAI, tendo a agravante colocado a sua equipe à disposição da autarquia para a realização do trabalho de campo; **(d)** esses fatos demonstram que a agravante e a FUNAI estão dando plena continuidade ao estudo do Componente Indígena e não estão medindo esforços para respeitar os interesses das comunidades indígenas, do que se infere a inexistência do 'fumus boni iuris' invocado para o deferimento da liminar agravada; **(e)** a Licença de Instalação não é uma simples autorização para que o agravante inicie imediatamente a obra, mas um ato administrativo complexo, em que se impõe a solicitação de diversas autorizações complementares para que se possa efetuar qualquer intervenção no local; **(f)** ao longo do licenciamento ambiental do Porto Pontal, que teve início em 2005, o empreendedor nunca deixou de atender as exigências, sempre seguiu todas as recomendações

dos órgãos competentes e sempre agiu na mais estrita legalidade; **(g)** não há qualquer ilegalidade ou prejuízo em ser realizado o estudo do componente indígena, concomitantemente ao licenciamento no IBAMA, pois as emissões das licenças não ficam condicionadas às prévias manifestações dos órgãos envolvidos no licenciamento, consoante disposto no § 4º do art. 7º da Portaria Interministerial nº 60/2015; **(h)** a propositura desta ação popular é mais uma dentre as várias tentativas do autor, que é Presidente da Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios, nas atividades portuárias (FENCCOVIB), que representa as principais classes de trabalhadores do setor portuário que atuam dentro dos Portos Públicos, de obstar a construção do terminal portuário do agravante, com o inequívoco objetivo de proteger interesses particulares, qual seja, evitar a concorrência comercial entre instalações portuárias e assegurar reserva de mercado aos trabalhadores portuários, em nítido desvio de finalidade e acionamento abusivo do Poder Judiciário.

Neste agravo de instrumento, a agravante Porto Pontal pede a cassação da liminar parcialmente deferida na ação originária, "*com o levantamento da suspensão da licença de instalação 1059/2015*".

A decisão inicial indeferiu o pedido de efeito suspensivo (evento 6).

Houve contrarrazões.

O MPF manifestou-se pelo desprovimento do agravo de instrumento.

O processo havia sido incluído em pauta para julgamento na sessão de 15/03/2016, mas foi retirado em razão do pedido da agravante de intimação da FUNAI para que dissesse se havia previsão para realização da reunião com a comunidade indígena (evento 36).

O processo foi incluído em pauta para julgamento na sessão de 13/04/2016, sendo novamente retirado de pauta considerando a manifestação da FUNAI de que ainda não havia agendado a reunião, mas que pretendia realizá-la na segunda quinzena de abril de 2016 (eventos 51 e 59).

A FUNAI (evento 77) informou que, em 08 de abril de 2016, fora realizada a reunião para apresentação e validação do Plano de Trabalho, contando com a participação de representantes indígenas da Ilha da Cotinga, Sambaqui e Guaviraty-Shangrilá, representantes da Fundação (Coordenação Regional Litoral Sul e Coordenação Técnica Local de Paranaguá), da empresa Porto Pontal Paraná Importação e Exportação S.A., da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) e da empresa de consultoria Biodinâmica. Informou também que a etapa seguinte do processo seria a elaboração do estudo do Componente Indígena com duração de 4 meses.

A agravante pediu o provimento do agravo (evento 89).

O Ministério Público Federal ratificou o parecer do evento 31, pelo desprovimento do agravo (evento 93).

O agravado (autor da ação) pediu o desprovimento do agravo (evento 98).

O processo foi incluído em pauta para julgamento na sessão de 13/07/2016, mas foi novamente retirado para que fosse julgado em conjunto com o agravo de instrumento relacionado (nº 5044859-42.2015.404.0000) na primeira sessão subsequente ao término das férias regulamentares deste Relator.

A agravante Porto Pontal peticionou (evento 128), juntando documentos e alegando que houve efetiva participação e atuação da Funai no processo de licenciamento, tendo inclusive havido início dos trabalhos de campo do estudo do componente indígena.

É o relatório.

VOTO

No início do agravo de instrumento, proferi decisão indeferindo o pedido de efeito suspensivo, entendendo naquela ocasião que a a decisão agravada estava suficientemente fundamentada e não se justificava naquele momento sua alteração. Aquela decisão inicial teve estes fundamentos:

Embora as alegações da parte agravante, entendo deva ser mantida a decisão agravada por estes fundamentos:

(a) o juízo de origem está próximo das partes e dos fatos, devendo ser prestigiada sua apreciação dos fatos da causa, não existindo nos autos situação que justificasse alteração do que foi decidido;

(b) a decisão agravada está suficientemente fundamentada, neste momento parecendo a este relator que aquele entendimento deva ser mantido porque bem equacionou, em juízo sumário próprio das liminares, as questões controvertidas;

(c) no julgamento da apelação interposta na Ação Popular anterior (5000550-92.2014.404.7008), que tratou do licenciamento prévio do empreendimento, ocorrido na sessão do dia 05 deste mês de novembro, a 4ª Turma deste Tribunal concluiu que havia a necessidade da efetiva participação a FUNAI no processo de licenciamento ambiental, e que, no caso, tal participação somente se tornou concreta em decorrência de intervenção judicial. De fato, restou consignado no voto condutor do acórdão o seguinte:

(...)

Em cumprimento a esta ordem [a medida liminar deferida em agravo de instrumento], a FUNAI apresentou Termo de Referência tendo por finalidade orientar a elaboração do Componente Indígena do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) (evento 105). O Porto Pontal, por sua vez, protocolou junto

à FUNAI Plano de Trabalho para realização do Estudo do Componente Indígena para, posteriormente, realizar as eventuais medidas compensatórias e mitigatórias em caso de impacto com a implantação do empreendimento (evento 106).

Assim, não se pode ignorar que (a) a FUNAI realmente não estava atuando no processo de licenciamento; (b) a licença prévia foi concedida sem manifestação conclusiva daquele órgão sobre os impactos do empreendimento às comunidades indígenas próximas; (c) no julgamento do agravo de instrumento por esta Turma foi determinado à FUNAI que se manifestasse no processo administrativo; (d) e somente a partir de então é que o órgão apresentou o Termo de Referência para realização do estudo do componente indígena.

Por essas razões, impõe-se reconhecer a necessidade de participação da FUNAI no processo de licenciamento, o que não significa que a licença prévia seja nula, pois, é possível que tal irregularidade seja sanada e que a falta seja suprida no curso do licenciamento, como parece estar acontecendo, considerando que a licença prévia constitui apenas a etapa inicial daquele processo.

Portanto, até em respeito à autoridade da decisão judicial anterior, está correto o juízo de origem em zelar por que a FUNAI acompanhe o processo de licenciamento, cumprindo suas obrigações institucionais, de forma a se resolver adequadamente o componente indígena do processo de licenciamento ambiental do empreendimento.

Ante o exposto, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Agora, processado o agravo de instrumento e assegurado o contraditório às partes (contrarrazões), continuo não vislumbrando motivos para alterar o que foi decidido pelo juízo de origem naquela ocasião.

Isso porque há verossimilhança na alegação de que a licença de instalação (fase 1) tivesse expedida sem a participação efetiva da Funai e sem que tivessem sido realizados os necessários estudos do componente indígena, o que justifica o provimento (provisório e parcial) deferido pela decisão agravada, para suspender a licença de instalação até que aquelas questões fossem observadas.

O processo de licenciamento ambiental, ainda que dinâmico e progressivo (sucessivas fases que vão ocorrendo e sendo resolvidas no processo administrativo pertinente, com licenças prévia, de instalação e de operação), somente pode ser tido por hígido e regular quando também o componente indígena seja contemplado.

Isso não pode se dar apenas no plano formal, em abstrato e de forma genérica, mas precisa ser realizado em atos e estudos concretos, envolvendo a participação dos interessados e dos órgãos administrativos competentes para acompanhar e conduzir esse licenciamento (inclusive e, no caso do componente indígena, principalmente com a participação efetiva da Funai).

Ainda que se observe que após a concessão da liminar e da interposição deste agravo de instrumento (e por conta da concessão da liminar), as partes tenham adotado providências concretas, havendo inclusive manifestação do IBAMA nos autos originários no sentido de que havia sido cumprida a ordem liminar e que deveria ser afastada a ordem de suspensão, não parece que caiba agora a proferir essa determinação no julgamento desse agravo de instrumento.

Ao contrário, aqui cabe controlar a decisão agravada. A decisão agravada, dadas as condições em que foi proferida e a situação dos fatos naquela oportunidade, parece correta e deu conta de atender ao que dela se esperava: resguardar os interesses do componente indígena no licenciamento, que ao que tudo indica novamente estaria sendo desconsiderado.

O que aconteceu posteriormente à decisão agravada deve ser levado ao conhecimento do juízo da causa para que ele verifique se atendeu o componente indígena de forma suficiente, restando a esse tribunal apenas conhecer do acerto ou do desacerto da decisão agravada proferida naquela ocasião pelo juízo. Ora, como já foi dito, naquela ocasião a decisão agravada deferindo parcial e provisoriamente liminar na ação originária parece acertada, estando-se diante dos requisitos legais (verossimilhança e urgência) que autorizavam a intervenção judicial.

Destaco que foi apresentada petição pelo IBAMA no evento 64 dos autos originários, informando que havia sido satisfeita a condição imposta pelo juízo na decisão ora agravada (evento 39) no que tange ao encaminhamento dos expedientes que faltavam à FUNAI e requerendo a retomada dos efeitos da Licença de Instalação 1.058/2015. Menciono que essa manifestação havia sido por mim considerada quando do exame do pedido de antecipação de tutela recursal do agravo de instrumento relacionado (nº 5044859-42.2015.404.0000) para dizer que somente após o seu exame pelo juízo de origem é que seria possível saber ao certo o alcance da decisão agravada.

Pois bem, da análise dos autos originário, verifico que ainda não houve apreciação pelo juízo de origem quanto à manifestação do IBAMA na petição do evento 64 no sentido de que estaria cumprida a condicionante fixada na decisão ora agravada, assim como não houve esclarecimento quanto ao alcance da ordem liminar ora impugnada.

Verifico ainda que com relação a essa petição o juízo determinou a intimação das partes para que se manifestassem a seu respeito (decisão do evento 78), e que a FUNAI (eventos 82 e 83) informou que não poderia se posicionar acerca do empreendimento e estabelecer eventuais condicionantes à Licença de Instalação sem antes terminar o estudo de impacto no que toca ao componente indígena. Pediu a manutenção da suspensão da Licença

de Instalação, alegando que o simples pedido do IBAMA dirigido à FUNAI para que esta se manifestasse naquele procedimento, sem que estivesse atendido o disposto na Portaria Interministerial nº 60/2015 e sem apresentação do componente indígena pelo empreendedor, não é suficiente para a efetiva participação da FUNAI.

Verifico também que a ré Porto Pontal (evento 94) defendeu que não havia sido possível terminar o estudo do componente indígena somente em razão da demora da FUNAI em agendar a reunião para apresentar o Plano de Trabalho às comunidades indígenas, e que a justificativa até então apresentada pela FUNAI era de indisponibilidade de servidores e de restrições orçamentárias. Afirmou ter impetrado mandado de segurança perante o TRF da 1ª Região para que a FUNAI agendasse a reunião com as comunidades indígenas.

Verifico também que o autor (evento 97) manifestou-se no sentido de não ter havido a satisfação da condicionante fixada na decisão liminar, pois a tutela dos interesses dos indígenas não estaria limitada à mera expedição de ofícios. Pediu o indeferimento do pedido do IBAMA e esclarecimento pelo juízo do alcance da decisão liminar de modo a garantir que a participação da FUNAI no licenciamento seja feita nos termos da normativa vigente, assegurando de forma efetiva os interesses dos indígenas afetados pelo empreendimento em questão.

Verifico também que a ré Porto Pontal (evento 99) defendeu novamente que estava aguardando o agendamento da reunião pela FUNAI e, após (evento 102), noticiou a ocorrência da referida reunião em 08/04/2016, - conforme fora informado pela FUNAI no evento 96 dos autos do presente agravo -, na qual o Vice-Cacique Dionísio aprovou a equipe consultora e a entrada em terra indígena para o desenvolvimento dos estudos. Alegou que foi atendido o disposto no art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, pois foi realizada a consulta aos povos interessados, com a devida participação da FUNAI como entidade representativa. Explicou que a suspensão da licença de instalação impede a continuidade na aprovação de alguns programas pelo IBAMA que se encontram previstos nas condicionantes já dispostas no processo de licenciamento. Pediu a revogação da liminar, ou, alternativamente, a liberação parcial da implementação das condicionantes da Licença de Instalação nº 1059/2015.

Verifico também que o autor (evento 103) reforçou os argumentos já expendidos para fundamentar o pedido de indeferimento da liberação da licença de instalação e o pedido de esclarecimento pelo juízo do alcance da liminar deferida a fim de manter suspensa a licença, no mínimo, até que seja integralmente atendido o componente indígena do licenciamento

ambiental. Referiu também que não se opõe à inclusão da FUNAI no pólo ativo da demanda caso assim entender a autarquia.

Entretanto, ainda que tudo isso tenha ocorrido no processo originário, verifico que ainda não houve manifestação do juízo sobre esses pedidos e alegações, que se constituem em desdobramentos novos na tramitação do processo e podem ter consequências quanto à manutenção ou revogação da decisão inicialmente deferida pelo juízo da causa.

Ora, ao que me parece cabe considerar nesse agravo de instrumento não os desdobramentos posteriores da decisão agravada, mas apenas sua higidez e regularidade quanto ao momento em que foi proferida. Ao fazer esse exame, como já mencionei, parece que o juízo da causa decidiu adequadamente a questão envolvendo a tutela de urgência parcial e provisoriamente deferida naquele momento inicial da lide: diante daquelas circunstâncias e frente àquela atuação das partes e interessados, a liminar havia de ser parcialmente deferida para que se impedisse o prosseguimento da licença de instalação sem respeito ao componente indígena.

Agora se no curso do agravo de instrumento foi cumprida a liminar e o componente indígena foi observado, isso é matéria que deve ser devolvida ao juízo da causa para que decida a respeito, com posterior controle pelo TRF4 em novo agravo de instrumento. Mas não se pode, me parece, desde já passar nesse agravo de instrumento a examinar fatos supervenientes e alegações novas, que ainda sequer foram apreciadas pelo juízo da causa, porque isso importaria em quebra do duplo grau de jurisdição e retirariam do juízo da causa seu poder cautelar e de tutela de urgência quanto aos fatos da causa.

A esse Tribunal cabe apenas controlar a decisão agravada, e esta pareceu hígida e regular, observando os fatos e o direito vigente, e limitando-se a deferir o que era proporcional e necessário para tutelar o componente indígena e a higidez do procedimento administrativo e a regularidade do licenciamento ambiental em curso.

Diante desse contexto, entendo que a decisão agravada deve ser mantida, cabendo ao juízo de origem verificar se as providências que foram tomadas são suficientes para dar conta do que foi determinado na decisão agravada, limitando-se agora esse agravo de instrumento examinar a regularidade e higidez da decisão agravada.

Ante o exposto, voto por **negar provimento ao agravo de instrumento.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009502-64.2016.4.04.0000

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: ILHA JOÃO CUNHA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO BELO

DATA DA DECISÃO: 18/03/2016

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo originário, a qual indeferiu o pedido de antecipação de tutela veiculado pelo Ministério Público Federal.

O *decisum* objeto do presente recurso está assim relatado:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face dos réus MUNICÍPIO DE PORTO BELO, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA e ILHA JOÃO CUNHA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, por meio da qual pretende obter provimento jurisdicional a fim de obstar a construção do Eco-Resort Ilha Porto Belo.

Fundamenta a pretensão na declaração de nulidade do licenciamento ambiental nº 02026.002991/96-17/IBAMA, bem como da Licença Prévia nº 390/2011 e respectiva renovação, por ausência de ganho ambiental para a Ilha João da Cunha e pela falta de participação popular da Comunidade Tradicional de Pescadores da Vila do Araçá. Sustenta a inaplicabilidade da Lei Municipal nº 770/1990 por força de vício de inconstitucionalidade, consubstanciado no inegável retrocesso ambiental e inobservância da participação democrática da comunidade no projeto legislativo.

Requer provimento de urgência nos seguintes termos:

Por fim, pleiteia-se medida liminar suspendendo qualquer autorização construção ou nova destinação à Ilha João da Cunha. Isso, a fim de garantir que se mantenha a exata ocupação que vem sendo destinada à Ilha até o presente momento.

Como se evidenciou nesta exordial, os planos da pessoa jurídica titular da ocupação representam significativa alteração na condição atual da Ilha João da Cunha. O resort que se pretende instalar no local acarretará no abalo do ecossistema existente até o presente momento, de modo que mesmo com a anulação da licença ambiental ao final da demanda, seria impossível a restauração da Ilha.

Sem mencionar a possibilidade (infrutífera, mas imaginável), de que os ocupantes da Ilha intentem ações judiciais contra a União pleiteando o ressarcimento dos valores investidos na construção do resort – obras que teriam que ser demolidas.

Portanto, a manutenção da situação atual da Ilha João da Cunha - sem a realização de qualquer nova construção ou destinação ao espaço - é a medida mais adequada e oportuna até a resolução da presente lide.

Devidamente intimados acerca do pedido liminar (ev. 3) o Município de Porto Belo não se manifestou e o IBAMA manifestou-se nos eventos 10 a 14.

Juntou cópias do EIA/RIMA e do procedimento de licenciamento NUP 02026.002991/1996-17, além de sustentar que “o que se conclui é que o IBAMA concedeu licença prévia observando todos os requisitos legais, com evidente ganho ambiental, consistente na ordenação do turismo na ilha e em seus arredores, com participação comunitária por meio de audiência pública e precedida de estudos ambientais e sócio-econômicos, com rigor científico e jurídico”.

Alega, em suas razões recursais, haver prova pré-constituída acerca de suas afirmações e com relação ao risco de dano ambiental. Sustenta não haver ganho ambiental com a implementação de um resort em ilha costeira preservada, cuja ocupação teria sido irregularmente concedida pela União. Afirma pretender que o desenvolvimento da região ocorra em consonância com a defesa do meio ambiente, nos termos do artigo 170, VI, da Constituição. Aduz haver riqueza e importância de fauna e flora insular que deve ser protegida, nos termos do artigo 225, § 4º, da Constituição. Sublinha que, no plano infraconstitucional, a Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional das Unidades de Conservação - SNUC) impõe autorização do órgão ambiental competente para destinação de fins diversos de proteção à natureza, e a Lei 7.661/98 (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro) prioriza a conservação e proteção ambiental das ilhas costeiras. Afirma, ainda, que a Lei nº 9.636/1998, que dispõe sobre os bens móveis da União, veda a ocupação de áreas que comprometam a integridade de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais, a concessão dessas áreas é precária e não gera qualquer direito de propriedade ao ocupante do terreno.

Sublinha que a ilha em questão abriga ao menos dois sítios arqueológicos e vegetação de mata atlântica em estágio avançado (80,37% da ilha) e médio (16,09%) de regeneração. Assevera que a fauna inclui espécies ameaçadas de extinção (*Phylloscartes kronel*) e ao menos uma espécie de anfíbio (*Physalaemus*) desconhecida da ciência.

Diz, no caso concreto, tratar-se de um empreendimento hoteleiro orçado inicialmente em US\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de dólares), contemplando 146 unidades de hospedagem, sistema viário com 1.600 metros, infraestrutura com travessia subaquática e sistema funicular (elevador inclinado). Refere também, os impactos decorrentes da intervenção humana, dentre os quais, a quantidade de lixo e esgoto a serem gerados com o funcionamento do empreendimento. Ressalta a incompatibilidade entre tamanha estrutura, com qualquer modalidade de proteção ambiental exigida constitucionalmente para a ocupação em ilhas costeiras. Sublinha, ademais, não tratar-se de mais uma ocupação em terreno antropologicamente modificado, pois a ilha está praticamente inalterada.

Sustenta que a permissão para o início da obra ocasionará imenso prejuízo econômico para o réu proprietário do empreendimento e para a municipalidade, caso a obra inicie e, posteriormente, seja paralisada. Sustenta a importância no que tange ao impedimento da invocação da teoria do fato consumado.

Ressalta que o princípio da prevenção, relacionado ao licenciamento ambiental, objetiva evitar que o dano ambiental ocorra, visto ser, a recuperação do dano ambiental, quando possível, extremamente demorada e onerosa. Diz que o dano ambiental, quando consumado, geralmente é irreparável.

No que concerne à comunidade dos pescadores artesanais do Araçá, afirma ter sido objeto de estudo antropológico, que a reconheceu como comunidade tradicional efetiva. Alega que além da importância do local para a reprodução e preservação do grupo, o estudo narra o sentimento atual de perda da ilha pela comunidade tradicional e de sua privatização.

Refere que a Convenção 169 da OIT, que fora internalizada no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, possui natureza jurídica de norma supralegal ao estabelecer especial proteção às comunidades tradicionais e disciplina e garante o direito de consulta prévia, livre e informada com participação assegurada. Diz não tratar-se da oitiva do órgão administrativo, mas do próprio povo tradicional afetado.

Alega que a audiência pública agendada para a data de 03/03/2016 pretendia debater o Estudo de Impacto de Vizinhança-EIV (estudo que objetiva verificar a adequação às normas urbanísticas) e não os impactos do empreendimento à comunidade tradicional. Sustenta que o processo transformador trazido com a Convenção 169 é no sentido de que a consulta seja considerada um elemento central, e não periférico. Argui que a consulta à comunidade tradicional afetada, prevista na Convenção 169 da OIT, não pode ser confundida com a audiência pública regular, para discutir EIA/RIMA ou EIV, voltada ao público em geral. Aduz não haver argumento hábil a infirmar a desobediência ao direito de consulta garantido pela Convenção 169 da OIT aos povos tradicionais.

Refere que no Município de Porto Belo, a Lei Municipal nº 770/1993 alterou a classificação da Ilha João da Cunha de Zona de Preservação Permanente (ZPP) para Zona de Interesse Turístico (ZIT), com a redação seguinte: "Art. 41 - A Ilha João da Cunha (ZPP), passa a ser ZIT", ou seja, de área *non aedificandi* (ZPP), passou a comportar a construção de empreendimento de hotelaria (ZIT). Afirma que a regressão de regime protetivo ambiental é suficiente à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso. Alega que afastada a aplicação

da legislação municipal pelo princípio da vedação ao retrocesso ambiental, o licenciamento ambiental é completamente nulo, por se tratar de área *non aedificandi*.

Aduz ilegalidade da ocupação da ilha, visto que não ocorria ocupação prévia de fato, pois Ernesto Stodieck Júnior não tinha a posse da ilha quando solicitou a certidão de ocupação; o registro de ocupação não poderia ter sido concedido, pois a legislação que a autoriza exige que haja efetiva utilização do bem, o que não ocorreu, já que Ernesto Stodieck Júnior não o ocupou. O direito de ocupar tal ilha, localizada em região de altíssimo interesse econômico, cultural e ambiental foi concedido com base em mera declaração firmada por ele. Refere má-fé dos ocupantes da ilha, pois sempre souberam que não detinham a posse de toda a ilha, visto que construíram em área inferior a 5% do total em 40 anos. Sustenta ainda haver discrepância entre o instituto da ocupação e a destinação com finalidade lucrativa que se pretende dar à ilha, com a construção de Resort.

Fundamenta a presença de risco de dano irreparável oriundo da continuidade do Processo de Licenciamento Ambiental nº 02026002991/9617 perante o IBAMA, em desconformidade com a proteção jurídica que o caso exige. Aduz que a expedição de Licença Prévia, por si só, já demonstra a irregularidade do procedimento. Ocorre que a Licença Prévia atesta a viabilidade ambiental do empreendimento (artigo 8º, inciso I, da Res. 237/97 do CONAMA). Diz que tendo em vista que o IBAMA não encontra qualquer irregularidade no licenciamento ambiental, há risco de concessão da Licença de Instalação. Sublinha que caso não haja determinação judicial que impeça o prosseguimento do licenciamento ambiental, maculado desde o início, pode ocorrer a qualquer momento a emissão da Licença de Instalação, com o imediato início das obras do Resort, com supressão de vegetação e consumação de danos ambientais irreversíveis. Assevera que o provimento liminar obstará a alegação do fato consumado. Afirma que os pescadores e a comunidade tradicional diretamente afetada também sofrerão os impactos da continuidade do licenciamento ambiental. Refere que a audiência aprazada para dia 03/03/2016 apenas atesta a irregularidade do licenciamento ambiental em questão, visto que a audiência pública que visa debater licenciamento de empreendimentos capazes de trazer risco ao meio ambiente deve ser prévia à licença a ser expedida.

Requer antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões manifestou o entendimento de que toda a questão ambiental se reveste de urgência. No caso concreto, trata-se da construção de um resort em pequena ilha oceânica, bem da União, a ilha João da Cunha, que

pelo que se comprova, está preservada, com dois sítios arqueológicos e vegetação de mata atlântica com estágio avançado e médio de regeneração e ainda a fauna inclui espécies ameaçadas de extinção (*Phylloscartes kronei*) e uma espécie de anfíbio (*Physalaemus*), desconhecida da ciência. Verifica-se, assim, um inestimável valor ambiental, cultural, histórico e econômico.

Consoante a jurisprudência deste TRF4, constata-se inúmeras decisões no sentido da demolição de empreendimentos, inclusive habitações unifamiliares, edificados em áreas de preservação permanente. Não tem sido acolhidas as alegações de "fato consumado" a não ser em caso de edificações vintenárias. O licenciamento ambiental, ao que consta, com a emissão da Licença de Instalação pode ocorrer a qualquer momento; de outra parte, a tutela recursal se impõe também ao empreendedor que experimentará grande prejuízo se ao fim tiver que desfazer o eventualmente construído.

Os princípios da precaução e da prevenção fundamentam a antecipação da tutela recursal reunidos os seus requisitos.

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, nos termos em que postulada.

Intimem-se as partes, inclusive o agravado para que responda, nos termos do artigo 527, V, do Código de processo Civil.

RELATOR : LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA
: CATARINA - FATMA
: ESTADO DE SANTA CATARINA
: MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL
DATA DA
DECISÃO 16/02/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. FUNAI. RETORNO DOS AUTOS A ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO.

1. Não há litispendência deste feito com a ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6.
2. Retorno dos autos à origem para seu regular processamento.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente - FATMA, Estado de Santa Catarina e Município de São Francisco do Sul, objetivando em sede de antecipação dos efeitos da tutela a suspensão da eficácia das licenças ambientais concedidas pela FATMA e a paralisação das obras em curso, relativas ao **Projeto Costa do Encanto**, com a assunção pelo IBAMA de todo o procedimento administrativo de licenciamento ambiental daquele projeto, a ser antecedido de estudo prévio de impacto ambiental - EIA, e da realização de audiência pública em cada sede administrativa dos municípios constantes do pólo passivo da ação.

A sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito (artigo 267, V, do Código de Processo Civil), ante o reconhecimento de litispendência com os autos da **ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6**.

Apela a autora. Sustenta que houve um indevido reconhecimento de litispendência com a ação civil pública nº 2007.72.01.00390-6, visto que a FUNAI não figurou como parte desta ação e que o objeto da presente demanda é distinto daquele. Ademais, alega que a ação civil pública nº 2007.72.01.00390-6 foi julgada improcedente com base em conjunto probatório absolutamente insuficiente, pois não foi realizada a prova pericial necessária para o esclarecimento do feito, estando, assim, autorizada a propositura desta demanda.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte para julgamento.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Com efeito, assiste razão aos apelantes. Não há litispendência deste feito com a ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6, também de minha relatoria. Assim, a sentença deve ser anulada, com retorno dos autos à origem para seu regular processamento.

Como a questão foi apreciada com precisão pelo representante do Ministério Público nesta Corte, Dr. Claudio Dutra Fontella, adoto os fundamentos de seu parecer a fim de evitar a indesejável tautologia:

Primeiramente, cumpre destacar a ausência de identidade de partes, eis que nos autos da ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6 são autores o Ministério Público Federal e Estadual e réus o Estado de Santa Catarina, Fatma e Municípios de Joinville, São Francisco do Sul, Itapoá, Garuva, Balneário Barra do Sul, Barra Velha, Araquari e São João do Itaperiú. Já na presente demanda, é autora a Funai e são réus o Estado de Santa Catarina, Fatma e Município de São Francisco do Sul.

A Funai, nos presentes autos, não age tão somente em substituição às comunidades indígenas, mas também na defesa de suas prerrogativas e finalidades institucionais, tal como elencadas no Decreto nº 7.056/99, repetidas no atual estatuto (Decreto nº 7.778/2012), as quais foram negadas pela Fatma por ocasião da não intervenção da fundação indigenista no processo de licenciamento (parcelado) do empreendimento atacado.

Frise-se que a Funai não participou da ação civil pública supracitada, tampouco do processo de licenciamento do empreendimento, razão pela qual a sentença proferida naqueles autos, de improcedência da demanda, não faz coisa julgada em relação à fundação indigenista.

Numa expressão bem simples, se o mesmo autor, com o mesmo fundamento de fato, faz o mesmo pedido, contra o mesmo réu, a demanda é a mesma que a anterior. Se varia qualquer desses elementos, entre os dois processos não há identidade de demanda. Assim sendo, não tendo intervindo a Funai na demanda anteriormente proposta, não há que se falar em litispendência.

Outrossim, impende ressaltar que a sentença proferi danos autos da ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6 foi impugnada mediante a interposição de recurso de apelação pelo MPF, cuja análise, pelo segundo grau de jurisdição, ainda não ocorreu.

Assim, não há coisa julgada, não havendo que se falar em litispendência. Enquanto a sentença ainda estiver sujeita a recurso, não se encontra apta a produzir seus regulares efeitos, podendo vir a sofrer alterações, em função do duplo grau de jurisdição.

O processualista Alexandre Freitas Câmara¹, ao tratar da coisa julgada, esclarece: "(...) a coisa julgada é a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada substancial), quando tal provimento jurisdicional não está mais sujeito a qualquer recurso."

No que tange às ações coletivas, de que é expoente a ação civil pública, a sistemática é um pouco diversa no que tange aos efeitos da sentença. Ainda assim, não se pode cogitar ter havido coisa julgada em desfavor da Funai.

A Lei da Ação Civil Pública, inspirada em dispositivo correlato da Lei da Ação Popular (art. 18), introduziu, no art. 16, princípio segundo o qual a sentença proferida em Ação civil Pública fará coisa julgada erga omnes, exceto no caso de improcedência por falta e provas.

Doutrina e jurisprudência atual promoveram classificação da coisa julgada, nas ações coletivas, conforme a natureza do interesse controvertido. Cite-se, a exemplo, Hugo Nigro Mazzilli. Tem-se que, tratando-se de interesses difusos, em caso de procedência, a sentença sempre será imutável erga omnes. Em caso de improcedência por falta de provas, a sentença não será imutável erga omnes. Por fim, em caso de improcedência por outro motivo que não a falta de provas, a sentença, igualmente, não será imutável erga omnes. No que tange aos direitos coletivos, em caso de procedência, a sentença terá imutabilidade ultra partes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de pessoas. Em caso de improcedência por falta de provas, a sentença não será imutável ultra partes. Em caso de improcedência por outro motivo que não a falta de provas, a sentença será imutável ultra partes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de pessoas.

Ou seja, segundo o resultado do processo, a coisa julgada, nas ações coletivas, em caso de improcedência:

- por falta de provas, não prejudica os lesados;
- por outro motivo que não a falta de provas, prejudica os colegitimados, mas não prejudica os lesados individuais;
- prejudica os lesados individuais somente se eles intervieram no processo coletivo.

Mesmo nos casos em que se fala, propriamente, em coisa julgada, que, frise-se, não é o caso dos autos, tem tomado lugar a discussão sobre a "relativização da coisa julgada" (Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e Hugo Nigro Mazzilli). Com efeito, o sistema da coisa julgada, nos processos de natureza coletiva, é diverso daquele que a lei estabelece para os processos individuais. Nos processos coletivos, a coisa julgada, não raro, ultrapassa as partes e se torna imutável erga omnes, demandando certas cautelas a evitar prejuízo irreversível à coletividade.

Mas, como dito, não é o caso dos autos, em que a sentença de improcedência não faz coisa julgada erga omnes, não havendo, também nesse aspecto, que se falar em litispendência.

Por derradeiro, cita-se trecho da inicial, em que a Funai aborda com propriedade a inexistência de prejudicialidade ao presente pleito:

“Tal decisão, contudo, não prejudica o pleito ora formulado pela FUNAI; primeiro, em razão do **princípio da relatividade do processo**, pelo qual a decisão judicial não pode prejudicar as pretensões de terceiros (**art. 472 do CPC**). Não tendo a FUNAI figurado naquela demanda, por óbvio que não teve a oportunidade de participar do contraditório e de influir com os seus argumentos na decisão judicial; não pode, por consequência, ser submetida aos efeitos daquela sentença. Em segundo lugar, porque a sentença de improcedência da ação civil pública não prejudica a sua nova propositura, na forma do **art. 16 da Lei nº 7.347/85**. Por fim, o próprio objeto da presente demanda é distinto daquele da ação civil pública em referência. O que se veicula na presente oportunidade é a **ilegalidade do processo de licenciamento ambiental**, na medida em que os necessários estudos acerca dos impactos sobre o componente indígena foram completamente abandonados pelo órgão ambiental, e, bem assim, porque foi sonegado da FUNAI (a instituição representativa dos indígenas) o direito à participação no respectivo processo. E a violação das disposições da **Convenção nº 169 da OIT** acarreta na **nulidade absoluta** do licenciamento.”

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI é o órgão responsável pela demarcação e proteção das Terras Indígenas e por fazer respeitar todos os seus bens (art. 231 CF). Regula as interferências de empreendimentos sobre os territórios indígenas por meio da Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Quando se pretende o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais em terras indígenas, é necessária prévia autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades indígenas.

De fato, a par da fragmentação do licenciamento do empreendimento e de sua condução pela Fatma, e não pelo Ibama, o que foi impugnado na ação civil pública nº 2007.72.01.003906-6, **vislumbra-se o interesse processual da Funai no ajuizamento da presente demanda**, diante da ilegalidade do ato da Fatma, de se recusar a encaminhar para a Funai a documentação pertinente ao licenciamento ambiental e, ainda, por não ter oportunizado a participação da Funai no licenciamento.

As licenças ambientais para a instalação do empreendimento já foram expedidas pela Fatma, em todos os seus trechos. Nos ofícios encaminhados à Funai, relata a Fatma que identificou a ausência de interferência do empreendimento sobre a terra indígena Morro Alto.

Porém, como destacou a Funai na inicial da presente demanda, é fato incontroverso que o empreendimento é limítrofe à terra indígena Morro Alto pela extensão de 500m. Essa circunstância, a propósito, foi reconhecida pela própria Fatma no Ofício AR DILIC/GELUR nº 001409/2011, encaminhado à Funai. Apesar disso, o licenciamento foi feito fragmentadamente, com vistas a burlar a necessidade da realização de EIA/RIMA, com a participação da Funai e realização do estudo do componente indígena.

Ora, a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio sempre dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual deverá ser dada publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação (art. 3º da Resolução Conama nº 237/97).

O estudo de impacto ambiental deverá abordar, no mínimo, o meio socioeconômico da localidade do empreendimento, estando o componente indígena, por óbvio, aí compreendido, pois o empreendimento é limítrofe à terra indígena Morro Alto.

A necessidade de consulta aos povos indígenas, elaboração de projetos e estudos é prevista na Convenção nº 169, da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002, que, segundo o STF, tem caráter normativo supralegal. A garantia do direito à consulta dos povos indígenas, nos termos da citada convenção, é diretriz da Política nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas - PNGATI, aprovada pelo Decreto nº. 7.747/2012.

Assim, sendo o empreendimento potencialmente suscetível de afetar a população indígena da Terra Indígena Morro Alto, imprescindível que seja precedido da realização de EIA/RIMA, com análise específica do componente indígena, tal como pretende a Funai, na presente demanda.

A participação da Funai no processo de licenciamento do empreendimento possibilitará, inclusive, a análise de medidas compensatórias relacionadas aos trechos já concluídos, no que pertine à iluminação, isolamento adequado com vistas à segurança da população indígena adjacente, passagem de animais, de pessoas etc.

Nesse ponto, importante trazer à baila a Portaria Interministerial nº 423, de 26/10/2011, que institui o Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis- PROFAS, com a finalidade de promover a elaboração e execução dos projetos e atividades necessárias para a regularização ambiental das rodovias federais já pavimentadas, que não possuem licença ambiental.

Da análise do referido instrumento conclui-se que, mesmo tratando-se de obras já acabadas, imperiosa a regularização ambiental dentro dos parâmetros legais hoje vigentes, inclusive com a realização de estudos, baseados em termo de referência, que contemplem, nos termos do anexo II, o diagnóstico ambiental, abrangendo especialmente o aspecto do meio socioeconômico, com a identificação de povos e comunidades tradicionais, definidas pelo Decreto nº 6.040/2007, indígenas e quilombolas, apresentando a distância entre essas e o empreendimento, assim como identificação do passivo ambiental. Na hipótese de identificação de passivo ambiental relacionado ao meio socioeconômico, como a existência de pontos críticos para a segurança dos usuários e comunidades lindeiras, notadamente as indígenas, impõe-se, obrigatoriamente, a apresentação de programas de recuperação.

Na avaliação dos impactos sinérgicos e cumulativos da obra, deverão ser considerados os usos socioeconômicos existentes nas áreas de influência direta e indireta, de forma a possibilitar o planejamento e integração efetiva das medidas mitigadoras.

São exemplos de medidas mitigadoras comumente adotadas em obras semelhantes à rodovia costa do encanto, relativamente às comunidades indígenas lindeiras: construção de passagens subterrâneas, cercamento de áreas de acesso à rodovia, nas adjacências das passagens subterrâneas, instalação de redutores de velocidade em pontos próximos à travessia das comunidades indígenas, instalação de placas, com indicação de que cabe aos índios, nos termos da CF, art. 231, § 2º, o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, formação de um programa de monitoramento, controle e conservação ambiental das Terras Indígenas, plantio em linha de árvores nativas formando "paredes de vegetação", como proteção ao ruído, à poluição do ar e dificultando o trânsito de pessoas estranhas às comunidades indígenas no interior das Terras Indígenas, implantação de ciclovias, calçadas etc.

Os estudos que levam à identificação de tais medidas mitigadoras não foram realizados, no presente caso, pela ausência de participação da Funai no

processo de licenciamento, razão pela qual impende seja dado prosseguimento à presente demanda.

Ressalte-se que o juízo de valor acerca da suposta ausência de interferência do projeto da rodovia, trecho 3, com terras indígenas partiu exclusivamente da Fatma, e não da Funai, que é o único órgão apto a emitir tal declaração.

E isso transparece no bojo de toda a legislação que regulamenta o licenciamento ambiental de obras potencialmente impactantes, até mesmo nas normas infralegais, como é o caso da Instrução Normativa Fatma nº 63, de agosto de 2012, que define a documentação necessária ao licenciamento e implantação de empreendimentos de pequeno, médio e grande porte, e elenca, dentre os documentos necessários para obtenção da LAP, a declaração da FUNAI quanto à interferência da obra sobre áreas indígenas.

Referido dispositivo reproduz a exigência, já prevista na Resolução Conama 237/97, art. 5º, parágrafo único, de necessária consulta dos órgãos competentes da União, Estados, DF e Municípios, envolvidos no processo de licenciamento. Consta, inclusive, da cartilha de licenciamento ambiental disponível no site do Ibama, a sugestão de que os órgãos envolvidos sejam consultados desde a formulação do Termo de Referência norteador dos Estudos ambientais definidos pelo órgão licenciador.

Desse modo, não é admissível que o órgão ambiental estadual simplesmente exclua a Funai do licenciamento de obras como a objeto da presente demanda.

()

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5034896-10.2015.4.04.0000

RELATOR : LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CMO CONSTRUCAO E MONTAGEM OFFSHORE S.A.
ADVOGADO : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI
AGRAVADO : FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FATMA
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
DATA DA DECISÃO : 13/04/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDÍGENAS. CONSTRUÇÃO DE ESTALEIRO EM SÃO FRANCISCO DO SUL/SC. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DO COMPONENTE INDÍGENA E DA CONSULTA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO SUSPensa POR DECISÃO JUDICIAL.

1. Inicialmente houve uma demarcação de terra indígena no local, mas esta demarcação foi suspensa por decisão judicial proferida no autos da ação ordinária nº 2009.72.01.005799-5/SC que suspendeu os efeitos jurídicos e fáticos das portarias que declararam de posse permanente do Grupo Indígena Guarani Mbyá as Terras Indígenas Tarumã, Morro Alto, Pirai e Pindoty, que ainda está pendente de julgamento.

2. O magistrado de primeiro grau, ao proferir a decisão agravada, acenou com a possibilidade de deferir futuramente a antecipação de tutela.

3. Mantida a decisão que afastou a exigibilidade do componente indígena.

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ingressou ação civil pública contra FATMA - FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE; FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO e CMO CONSTRUÇÃO E MONTAGEM OFFSHORE S. A, com o intuito de anular a licença ambiental prévia nº 3991/2015 expedida para a construção de um estaleiro em São Francisco do Sul por considerar que a FUNAI deve se manifestar no processo de licenciamento, quando a área afetar terras indígenas, de acordo com a Instrução Normativa nº 02, de 27 de março de 2015, da FUNAI.

Requeru a antecipação da tutela, que foi indeferida (DESPADEC1).

Agravou o Ministério Público Federal.

Indeferi a liminar pleiteada (Evento 2 - DEC1). Determinei a intimação das partes e oitiva do Ministério Público.

Com contrarrazões, vieram os autos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do agravo de instrumento (Evento 39 - PARECER1).

É o relatório. Decido.

VOTO

Na sessão de 06/04/2016 adiei o julgamento deste feito para aguardar o pronunciamento do Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior no AI nº 5041808-23.2015.404.0000/SC em processo que trata de matéria semelhante, o que agora faço, trazendo esse voto em mesa.

Quando da análise do pedido liminar, assim me manifestei:

Embora reconheça a relevância dos argumentos do agravante na preocupação com a tutela e proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, entendo que a decisão deve ser mantida, pelos seguintes fundamentos:

1) o juízo de origem está próximo das partes e dos fatos, devendo ser prestigiada a sua apreciação dos fatos da causa, não existindo nos autos situação que justifique alteração do que foi decidido, pelo menos neste momento;

2) a decisão está suficientemente fundamentada, esclarecendo que a licença prévia não autoriza o início das obras, supressão da vegetação ou adoção de atividades permanentes que tenham um impacto duradouro na área, e menos ainda no entorno da área potencialmente atingida pelo empreendimento. Ademais verifico que ela foi concedida em 30 de junho de 2015, e tem validade por 60 (sessenta) meses (Evento 1- ANEXO2);

3) Não há demonstração consistente de que o empreendimento venha interferir ou prejudicar concretamente os interesses das comunidades indígenas na localidade, nesta primeira fase do licenciamento. A

preocupação do parquet, conforme se extrai da inicial (Evento 1-INIC1) é com a possibilidade do impacto ambiental sobre as comunidades indígenas com a construção do estaleiro, com a afetação da fauna, da flora e do leito marinho;

4) De mais a mais, o Ministério Público oficiou a FATMA - FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE sobre as características do empreendimento, que entendeu desnecessária a consulta formal à FUNAI, pela inexistência de interferência em terra indígena (Ofício nº 01846/ 2015).

Analisando os autos, verifico que inicialmente houve uma demarcação de terra indígena no local, mas esta demarcação foi suspensa por decisão judicial proferida no autos da **ação ordinária nº 2009.72.01.005799-5/SC** que suspendeu os efeitos jurídicos e fáticos das portarias que declararam de posse permanente do Grupo Indígena Guarani Mbyá as Terras Indígenas Tarumã, Morro Alto, Piraí e Pindoty, que ainda está pendente de julgamento.

Ainda, importa referir que o magistrado de primeiro grau (Evento 13 - DESPADEC1) ao proferir a decisão agravada, acenou com a possibilidade de deferir futuramente a antecipação de tutela, *verbis*:

Nada impede que, quando da preparação dos estudos para a obtenção da licença de instalação, constate-se a inviabilidade de mitigação em graus minimamente razoáveis para atender ao objetivo da norma de proteção e, por isso, que essa licença não seja concedida. Assim, invalidar a licença prévia teria como único efeito obstar a continuidade dos estudos, inclusive aqueles que darão elementos suficientes para se tomar uma decisão, administrativa ou judicial, a respeito da pertinência do projeto.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001090-75.2012.4.04.7117

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELANTE : MONEL - MONJOLINHO ENERGETICA S.A

ADVOGADO : ALACIR SILVA BORGES
: ALEXANDRE DOS SANTOS PEREIRA VECCHIO

APELADO : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
: ECONÔMICO SOCIAL - BNDES

APELADO : FUNDAÇÃO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL
: HENRIQUE LUÍS ROESSLER - FEPAM

ADVOGADO : PAULO RÉGIS ROSA DA SILVA
: Paulo Roberto Pastore de la Rocha

APELADO : OS MESMOS
: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
: RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DATA DA DECISÃO : 02/06/2021

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA UHE MONJOLINHO. PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS INTERESSES DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. DANOS MORAIS COLETIVOS. ACORDO ADMINISTRATIVO.

O recurso adesivo deve ser interposto no prazo de que a parte dispõe para responder a apelação (art. 500, I, do CPC/73). Esse prazo deve ser contado em dobro quando os litisconsortes tiverem procuradores diferentes (artigo 191 do CPC-1973). Hipótese em que o recurso adesivo é tempestivo e conhecido.

Há interesse recursal porque houve uma condenação na sentença e disso se pressupõe o interesse da parte em recorrer e porque, em tese, um julgamento de extinção sem exame do

mérito é mais favorável ao réu do que um julgamento com exame do mérito de parcial procedência.

O fato de ter sido realizado acordo no curso da ação, neste caso concreto, não implicou falta de interesse de agir superveniente primeiro porque as obrigações ali estabelecidas ainda não foram cumpridas pelas partes e segundo porque a homologação de acordo pelo juízo é admitida pelo art. 269, III, do CPC/73, ensejando o julgamento com exame do mérito.

Considerando que todas as medidas compensatórias estão fixadas no termo de acordo, impõe-se reconhecer que também ficou contemplada a reparação por eventuais danos morais coletivos sofridos.

A discussão sobre os danos morais coletivos fica prejudicada por conta da superveniência deste acordo, estando correta a sentença que condenou a empresa a ressarcir os danos extrapatrimoniais causados através do cumprimento do referido Termo de Acordo.

RELATÓRIO

Esta **ação civil pública** ajuizada pelo **Ministério Público Federal** contra a **Fundação Estadual de Proteção Ambiental - FEPAM**, o **Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA** e a **MONEL - MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A.** objetiva garantir a participação e defesa dos interesses das comunidades indígenas em processo de licenciamento ambiental da UHE Monjolinho, bem como a condenação da Monel - Monjolinho Energética S.A. ao pagamento de danos morais.

A **sentença extinguiu o processo sem apreciação do mérito** quanto aos pedidos I, II, III, IV e V em face da **perda superveniente de objeto** decorrente da conclusão da obra e do enchimento do reservatório. E **julgou parcialmente procedente** a ação para **condenar a MONEL - MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A. a ressarcir os danos extrapatrimoniais** causados, cumprindo o pactuado no Termo de Acordo firmado em 14/12/2009 (evento 88 - fls. 918/923).

O **Ministério Público Federal** interpôs **apelação** (evento 97) pedindo a reforma da sentença quanto à fixação de indenização por dano moral coletivo e alegando que **(a)** as obrigações assumidas pela MONEL no acordo extrajudicial não são suficientes a compensar os danos extrapatrimoniais sofridos, conforme afirmado em parecer da FUNAI (evento 41 - fls. 247/254); **(b)** as causas de pedir não foram devidamente examinadas e são relevantes, mesmo que os pedidos respectivos tenham perdido objeto, porque são elas ensejadoras do dano moral coletivo, devendo então ser consideradas as alegações de que não foi realizado

EIA sobre os impactos em terras indígenas, de que o Estudo do Componente Indígena feito em 2008/2009 é deficiente quanto à área a ser alagada, de que não houve publicidade e participação pública e de que não houve consulta prévia à população indígena atingida, afrontando o disposto na Convenção 169 da OIT; **(c)** a indenização por dano moral coletivo deve atender aos critérios de compensação e de punição; **(d)** os valores devem ser revertidos às comunidades indígenas e ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto na Lei da ACP. **Pede** a reforma da sentença para que seja fixada indenização "*em valor proporcional à extensão do ilícito*", ou, caso se entenda que os danos morais não estão devidamente demonstrados, que seja anulada a sentença por cerceamento de defesa, devolvendo-se os autos à origem para oitiva das testemunhas indígenas arroladas.

A FUNAI interpôs **apelação** (evento 99) alegando, em síntese, que o acordo extrajudicial foi firmado entre a MONEL, a FUNAI e as comunidades indígenas e que o mesmo não contempla compensação pelos danos morais coletivos. Pede a reforma da sentença para condenar a MONEL ENERGÉTICA S/A ao pagamento de indenização em montante a ser fixado por este Tribunal.

A **MONEL MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A.** interpôs **recurso adesivo** (evento 105) pedindo a extinção do processo com base no art. 267, IV, do CPC/73 por falta de interesse de agir superveniente também com relação aos danos morais coletivos alegados porque **(a)** o Termo de Compromisso das fls. 918/923 (evento 88) abrangeu a compensação de todos os impactos causados pelo empreendimento, inclusive aqueles que os recorridos alegam que seriam o fundamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Alega também que **(b)** não houve terra indígena diretamente afetada pelo empreendimento; **(c)** a implantação da UHE Monjolinho não causou danos morais coletivos, apenas individuais.

Foram apresentadas contrarrazões.

A FUNAI, em suas contrarrazões (evento 112), alega intempestividade do recurso adesivo e falta de interesse recursal.

Nesta instância, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento das apelações do MPF e da FUNAI e pelo desprovimento do recurso adesivo da MONEL - MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A.

É o relatório.

VOTO

Recurso adesivo - tempestividade

Quanto à tempestividade do recurso adesivo, a lei processual vigente estabelecia que o prazo para o recurso adesivo seria o mesmo prazo das contrarrazões.

No caso dos autos, se todos os litisconsortes tivessem único procurador, esse prazo seria de 15 dias. Entretanto, à semelhança do que ocorre com o prazo de recurso para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (artigo 188 do CPC-1973), esse prazo deve ser contado em dobro quando os litisconsortes tiverem procuradores diferentes (artigo 191 do CPC-1973).

Existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça quanto ao prazo em dobro para o recurso adesivo, em se tratando de Fazenda Pública e Ministério Público, a saber:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO EM DOBRO DA FAZENDA PÚBLICA PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADESIVO. INDEPENDÊNCIA DO ATO PROCESSUAL DE RESPOSTA DO RECURSO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO.

I - O prazo em dobro para interposição do recurso adesivo decorre da conjugação do art. 500, I c/c art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

II - O recurso adesivo não está condicionado à apresentação de contra-razões ao recurso principal, porque são independentes ambos os institutos de direito processual, restando assegurado, pela ampla defesa e contraditório constitucionais, tanto o direito de recorrer, como o de responder ao recurso.

III - Embargos rejeitados.

(EDcl no REsp 171.543/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 159)

PROCESSO CIVIL RECURSO ADESIVO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE GOZA DE PRAZO EM DOBRO PARA INTERPOSIÇÃO DE QUALQUER RECURSO. ART. 188, CPC E ART. 500, I, CPC, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 8.950/94. RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O art. 188 do Código de Processo Civil é expresso na admissão do prazo recursal em dobro para as pessoas jurídicas de direito público, embora não o faça para apresentação de contra-razões. Na verdade "adesivo" é a modalidade de interposição do recurso, e não uma outra espécie recursal. Por isso, que o recurso do autor Município é "recurso de apelação", na modalidade "adesiva", e para sua interposição, como de qualquer outro recurso, goza do privilégio de interposição no prazo dobrado.

(REsp 171.543/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2000, DJ 22/05/2000, p. 97, REPDJ 29/05/2000, p. 139)

Pois bem, a mesma interpretação que vale para o artigo 188 do CPC-1973 deve ser aplicada para as hipóteses do artigo 191 do CPC-1973, motivo pelo qual o prazo para interposição do recurso adesivo nesses autos era de 30 dias, que corresponde ao dobro do prazo que a parte tinha para apresentar suas contrarrazões.

Como a disponibilização da intimação no diário eletrônico ocorreu em 06/09/2011 (OUT102), e se consideraria a intimação publicada no dia seguinte, em 07/09/2011, o prazo iniciou a fluir em 09/09/2011 (já que a intimação se consideraria publicada em 08/09/2011, porque no dia anterior houve feriado nacional).

Iniciada a fluência do prazo em 09/09/2011 (primeiro dia do prazo), este ainda não se tinha esgotado em 10/10/2011, quando foi interposto o recurso adesivo.

Isso porque os 30 dias das contrarrazões se encerrariam em 08/10/2011, num sábado, prorrogando-se o prazo até o dia 10/10/2011 (segunda-feira).

Quando o recurso adesivo foi protocolado, portanto, o prazo ainda não havia se encerrado.

Portanto, o **recurso adesivo é tempestivo e, por isso, conhecido.**

Interesse de agir

Quanto à alegação, também nas contrarrazões, de que a MONEL MONJOLINHO ENERGÉTICA LTDA. não teria interesse em recorrer, **rejeito a alegação** porque houve uma condenação na sentença e disso se pressupõe o interesse da parte em recorrer e porque, em tese, um julgamento de extinção sem exame do mérito é mais favorável ao réu do que um julgamento com exame do mérito de parcial procedência.

Portanto, o recurso merece ser conhecido.

Realização de acordo - julgamento com exame do mérito

A empresa MONEL - MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A defende que o acordo realizado implica falta de interesse de agir superveniente e extinção do processo sem apreciação do mérito.

Contudo, entendo que o fato de ter sido realizado acordo no curso da ação, neste caso concreto, não implicou falta de interesse de agir superveniente primeiro porque as obrigações ali estabelecidas ainda não foram cumpridas pelas partes e segundo porque a homologação de acordo pelo juízo é admitida pelo art. 269, III, do CPC/73, ensejando o julgamento com exame do mérito.

Embora a sentença não tenha referido expressamente, o seu conteúdo reflete uma homologação daquela acordo, o que vem a ser mais favorável à empresa MONEL do que um julgamento sem apreciação do mérito, na medida em que sedimenta as suas obrigações para com as comunidades indígenas, com as quais concordou, evitando futuras discussões sobre esses direitos.

Por essas razões, estou mantendo o julgamento com apreciação do mérito.

Mérito

Estou votando por **negar provimento às apelações e ao recurso adesivo**, entendendo que não há direito à indenização a ser fixada nesta ação além daquilo que já ficou estabelecido no termo de acordo firmado entre as partes.

No curso da ação, a FUNAI e a MONEL firmaram termo de compromisso (evento 88) estabelecendo uma série de obrigações com objetivo de *"assegurar a implementação e execução de medidas mitigatórias e compensatórias aos impactos advindos da construção e operação da CENTRAL HIDRELÉTRICA ALZIR DOS SANTOS ANTUNES (UHE MONJOLINHO) em relação ao Componente Indígena, que foram definidas após a realização de Estudos de Impacto e Plano Básico Ambiental específico para as comunidades indígenas"*.

Entre as obrigações do empreendedor estão o apoio à infra-estrutura de produção, através de aquisição e repasse de equipamentos agrícolas, e o apoio ao custeio da produção, através do repasse de valores, como se vê dos parágrafos 4º a 10º, sendo tudo resultado de um processo de negociação levado a efeito entre as partes, após audiências públicas realizadas com no Ministério Público Federal e reuniões realizadas na FUNAI de Passo Fundo (§ 3º da cláusula primeira - evento 88 - p. 3).

Isso significa que as partes optaram por negociar no âmbito administrativo e, ao assim fazerem, abriram mão de alguns direitos em nome de outros e também em nome de receber mais rapidamente essa compensação pelos danos. Essa avaliação deve ter sido feita pela FUNAI durante as tratativas, avaliando o que era mais importante para aquelas comunidades indígenas atingidas e aquilo que poderia ceder, o que deve ser respeitado neste momento.

O ponto determinante para resolver a questão trazida pelos apelantes é que o parágrafo 12º da cláusula primeira estabelece que o termo "**contempla todas as medidas mitigatórias e compensatórias decorrentes de todos os impactos advindos da construção e operação da UHE MONJOLINHO**".

Se todas as medidas compensatórias estão fixadas no termo de acordo, impõe-se reconhecer que também ficou contemplada a reparação por eventuais danos morais coletivos sofridos. Tanto que o § 12 excepciona a indenização do patrimônio atingido, que seria negociada tão logo a Terra Indígena ficasse delimitada, mas não excepciona os danos morais.

Assim, a discussão nesta ação sobre os danos morais coletivos fica prejudicada por conta da superveniência deste acordo, estando correta a sentença que condenou a empresa MONEL MONJOLINHO ENERGÉTICA S.A. a ressarcir os danos extrapatrimoniais causados através do cumprimento do referido Termo de Acordo.

Portanto, examinados os autos e as alegações das partes, fico convencido do acerto da sentença de parcial procedência proferida pelo juiz federal **Luiz Carlos Cervi**, transcrevendo-a e adotando-a como razão de decidir, nestes termos:

1 Da perda superveniente de objeto

Com efeito, analisando-se a documentação juntada aos autos, bem como manifestações das partes, tem-se que restou caracterizada a perda superveniente de objeto em relação aos pedidos iniciais relativos aos itens I, II, III, IV e V, uma vez que houve conclusão da obra e o enchimento do reservatório.

Considerando o pleito do próprio autor da ação e anuência dos réus, deve o feito ser extinto sem resolução do mérito em relação a tais pedidos, restando somente analisar o pleito de condenação da empresa Monjolinho S.A. à indenização por danos morais ou não patrimoniais, parte em favor da comunidades indígenas afetadas, parte em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

2 Dos danos extrapatrimoniais

Refere o MPF ter sido a comunidade indígena afastada do processo de licenciamento ambiental por força do Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público Estadual. Afirmou que a desinformação e falta de um programa de comunicação social específico geraram apreensão quanto à área de alagamento e tamanho do empreendimento, causando conflitos entre comunidades indígenas, empresa e FUNAI.

Com efeito, os elementos trazidos à presente demanda indicam ter ocorrido dano extrapatrimonial em relação às comunidades indígenas envolvidas, seja pela falta de informação e participação no procedimento, seja pelos impactos em sua cultura, que acabam gerar o dano moral coletivo ambiental referido pelo autor da ação.

O "Programa Básico Ambiental UHE Monjolinho Componente Indígena" juntado às fls. 420-476 traz referência no item 2.4 à caracterização das comunidades indígenas afetadas. Menciona que a Área Diretamente Afetada (ADA) abrange a TI Votouro, as áreas em fase de regularização da Barra Seca e Kandóia, bem como a TI Votouro Guarani. Resto consignado ainda

que os Guarani têm o hábito de pescar no rio Erechim, que será impactado pela barragem de Monjolinho (fl. 430).

Também o documento das fls. 223-225 da FUNAI refere a necessidade de implementação das medidas mitigatórias a fim de retirar do "imaginário" coletivo indígena que a operação da UHE Monjolinho irá causar sérios danos no que tange à produtividade agrícola da comunidade.

Acerca do dano moral das comunidades indígenas envolvidas, a ré MONEL sustenta ter firmado o Termo de Compromisso juntado às fls. 918-930, no qual houve previsão de medidas mitigatórias e compensatórias, com total quitação à ré por quaisquer danos advindos da instalação e operação do empreendimento HE Monjolinho.

No voto condutor do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.016142-4 constou de forma detalhada o processo de licenciamento, o qual peço vênia para transcrever em parte:

Analiso o histórico do processo de licenciamento ambiental da UHE Monjolinho, iniciado em 2005, que está às folhas 52-56 do apenso. Observo o mapa de localização do empreendimento, na divisa dos Municípios de Nonoai e Faxinalzinho. Encontro nos autos (fl. 173 e fls. 196-198, do 2º apenso) Parecer da FUNAI acerca da desnecessidade da Consulta ao Congresso Nacional, isso em 03/10/2003. Houve TAC firmado entre o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, MONEL, FEPAN e outros órgãos, que, por evidente equívoco, afastaram as condicionantes indígenas do processo de licenciamento, em 04/08/2004 (fls. 244-248, do 2º apenso), ocasião em que ainda seriam possíveis alteração no empreendimento e remessa da questão ao foro federal.

Verifico que, embora a divisível incompetência, houve a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), apesar da discordância da FUNAI, em 16/08/2004 (fl. 249, do 2º apenso). Saliento que há Inquérito Civil aberto pelo Ministério Público Federal para verificação da questão indígena relativamente à construção da UHE Monjolinho (fl. 344, do 3º apenso).

A Licença de Instalação (LI) da UHE é de dezembro de 2008, impondo condicionante indígena para a Licença de Operação (LO), item 11 (fls. 401-404, do 3º apenso).

No processo administrativo aberto pela FUNAI (4º apenso), há quadro cronológico do Estudo do componente indígena, sendo que o Parecer Técnico do Ministério Público Federal está à fl. 452 do 3º apenso.

Em prosseguimento ao já processado, verifico que há manifestação expressa da FUNAI, no sentido de que não há oposição da FUNAI e dos índios quanto à construção em si da Usina, isso foi dito em 18/05/2009 (fl. 121, do 1º apenso, 4º parágrafo).

Os documentos das fls. 106-108, 114 e o segundo "considerando" da fl. 118 dão conta da irreversibilidade do enchimento do reservatório da UHE.

Em 27/05/2009, há um termo de acordo (fls. 23-25 dos autos), em que as partes reconhecem a urgente necessidade da implantação das medidas

compensatórias e mitigatórias, o que converge com o postulado pelo Ministério Público Federal, em parte, item que transcrevo:

a) Não inicie ou paralise imediatamente as operações no empreendimento em questão, mantida esta situação até que assine o termo de compromisso apresentado pela FUNAI para execução das medidas previstas no PBA indígena, inclusive os itens 4.7 e 4.8;

Remanesceram assim, a serem implementados, os pontos 4.7 e 4.8 do termo de acordo firmado (fls. 804-805).

Nesse contexto, evidenciado está que a empresa ré vem tomando as medidas cabíveis a fim de mitigar e compensar eventuais danos sofridos pelas comunidades indígenas.

Importante ainda referir que o Termo de Compromisso firmado em 14/12/2009, teve como participantes a FUNAI, representantes das comunidades indígenas e a MONEL. Em tal termo restou especificado (fl. 919):

(...)

§ 4º A atividade de apoio à infra-estrutura de produção constitui-se da aquisição e repasse pelo EMPREENDEDOR dos seguintes itens:

I - Para a Comunidade Indígena Votouro, dois tratores agrícolas (...); uma carreta agrícola (...); uma plantadeira (...); uma grade aradora (...) e um pulverizador (...).

II - Para a Comunidade Indígena Guarani Votouro, um trator agrícola (...) e uma plantadeira (...).

(...)

§ 6º a atividade de apoio ao custeio da produção constitui-se do repasse pelo EMPREENDEDOR dos seguintes montantes:

I - Para a Comunidade Indígena Votouro: a) uma parcela inicial no valor de R\$ 215.000,00 (...) e b) 27 parcelas anuais no valor de R\$ 55.000,00 (...)

II - Para a Comunidade Indígena Guarani Votouro: a) uma parcela inicial de R\$ 15.000,00 (...) e b) mais 29 parcelas anuais no valor de R\$ 15.000,00 (...).

Os bens e valores acima definidos abarcam indenização pelo dano moral ambiental causado à comunidade indígena. Isso porque na fixação de indenização pelos danos, deve-se atentar para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, segundo os quais se deve aplicar sanção compatível com o dano causado ao bem protegido, suficiente para enfatizar o caráter punitivo da penalidade sem, no entanto, inviabilizar a prática das atividades profissionais da ré.

Assim, procede em parte o pleito inicial em relação ao pedido formulado no seu item VI, devendo a ré MONEL cumprir o pactuado no Termo de Compromisso, no qual a empresa deverá arcar com equipamentos de garantia à infraestrutura de produção e garantia de apoio ao custeio da produção, além das outras medidas nele previstas.

Quanto à compensação do passivo relacional, tem-se que as medidas acordadas entre as partes são suficientes a compensar e mitigar os efeitos da obra.

Vale referir que, mesmo não tendo o Ministério Público Federal tomado parte na negociação do Termo de Compromisso firmado em 14/12/2009, os parâmetros lá definidos demonstram-se aptos a mitigar os danos extrapatrimoniais causados.

3 Do pedido incidental

Com relação ao pedido incidental formulado às fls. 233-237 de nulidade do Termo de Acordo firmado em 27/05/2009, tem-se que não merece ser acolhido, uma vez que o pacto trouxe acordo formulado entre os envolvidos, servindo de parâmetro para o posterior Termo de Compromisso, formando um conjunto de medidas mitigatórias e compensatórias dos impactos causados pelo empreendimento.

A questão atinente à desistência do recurso de Agravo de Instrumento restou superada, uma vez que o Termo de Acordo não é suficiente por si só para tal desiderato, sendo necessária a desistência formal, a qual não foi evidenciada.

4 Da multa diária anteriormente fixada

O julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.016142-4 esclareceu que a questão atinente à multa diária fixada pelo descumprimento da liminar restou sem efeito, uma vez que cassada a liminar anteriormente deferida.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, extingo o feito sem resolução de mérito em relação aos pedidos I, II, III, IV e V da petição inicial, fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, e julgo parcialmente procedente o feito para condenar a MONEL - MONJOLINHO ENERGETICA S.A a ressarcir os danos extrapatrimoniais causados, cumprindo o pactuado no Termo de Acordo firmado em 14/12/2009 (fls. 918-923), nos termos da fundamentação.

O que foi trazido nas razões de recurso não me parece suficiente para alterar o que foi decidido, mantendo-se o resultado do processo e não havendo motivos para reforma da sentença.

Ante o exposto, voto por **conhecer do recurso adesivo e negar provimento às apelações e ao recurso adesivo.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5044859-42.2015.4.04.0000

RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

AGRAVANTE : MARIO TEIXEIRA

ADVOGADO : JAMES BILL DANTAS

: CELIO LUCAS MILANO

: FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA

: AMIR JOSE FINOCCHIARO SARTI

: Saulo Sarti

: Lia Sarti

: Ludmilla Guimarães Rocha

: Cauê Martins Simon

AGRAVADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

: INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ - IAP

: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS

: RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO

: NACIONAL - IPHAN

AGRAVADO : PORTO PONTAL PARANA IMPORTACAO E EXPORTACAO

: S.A.

ADVOGADO : PEREGRINO DIAS ROSA NETO

: FERNANDA MACIEL GARCEZ

AGRAVADO : RICARDO BURG MLYNARZ

: VOLNEY ZANARDI JUNIOR

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DATA DA DECISÃO : 18/06/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO POPULAR QUE SUSPENDEU A LICENÇA DE INSTALAÇÃO. TERMINAL PORTUÁRIO PONTAL DO

PARANÁ. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA LIMINAR PARA QUE SEJAM SUSPENSOS OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL ENVOLVENDO O EMPREENDIMENTO ATÉ QUE FOSSE INTEGRALMENTE ATENDIDO O COMPONENTE INDÍGENA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INDEFERIMENTO. PARTICIPAÇÃO DO IPHAN E DO IAP. DESCUMPRIMENTO DA CONDICIONANTE RELATIVA À VIABILIDADE AMBIENTAL DO ACESSO VIÁRIO AO PORTO. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAR AS OBRAS DA VIA DE ACESSO. IMPROVIMENTO DO AGRAVO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Quanto ao pedido de ampliação da liminar, em que pese se reconheça a necessidade de participação efetiva da FUNAI e de realização dos estudos do componente indígena no processo de licenciamento, não há razão para uma ampliação daquele provimento para o fim pretendido pelo agravante, que é de suspender a licença até que seja integralmente atendido o componente indígena do licenciamento ambiental. A decisão agravada dá conta de proteger, por ora, o direito defendido pelo autor da ação popular, não havendo motivos para reforma.

2. Quanto à alegada falta de participação do IPHAN, não há verossimilhança da alegação porque houve participação o IPHAN no processo de licenciamento, entre elas concordando com a emissão de licença de instalação, mediante o cumprimento das condicionantes ali previstas.

3. Quanto à falta de participação do IAP, não há verossimilhança da alegação porque não parece tivesse o processo de licenciamento ocorrido à revelia do IAP, uma vez que há manifestação daquele Instituto no processo administrativo favorável à concessão da licença; o fato de existirem Unidades de Conservação Estaduais a menos de 10km da localização prevista para o empreendimento foi considerado pelo IBAMA para solicitar ao IAP que se manifestasse no processo; eventual necessidade de participação mais aprofundada do IAP no processo deve ser examinada após o contraditório e instrução probatória. Não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que ensejasse modificação da tutela já deferida na origem em razão da alegada falta de participação do IAP.

4. Quanto ao descumprimento da condicionante relativa à viabilidade ambiental do acesso viário ao terminal portuário, a decisão agravada é mantida porque (a) o juízo de origem bem examinou o andamento do processo de licenciamento, verificando-se que não foi ignorado o fato de que a implantação da Via Arterial 1 é indispensável para se considerar viável o próprio empreendimento portuário; (b) quanto a eventual descumprimento da condicionante referente à licença ambiental para o acesso viário, é importante um exame mais aprofundado da questão, pois há processo de licenciamento em andamento perante o IAP e há

forte interesse do Governo do Estado do Paraná em construir essa via arterial diante da importância estratégica para o Estado, como referiu o juízo de origem, não podendo este juízo antecipar-se num julgamento de mérito e afirmar neste momento se há ou não o cumprimento dessa condicionante, parecendo, neste momento, que a questão está sendo discutida administrativamente; (c) por ora, eventual descumprimento que haja não justifica um provimento maior do que foi dado na origem, uma vez que a licença de instalação encontra-se suspensa, o que está sendo mantido neste julgamento.

5. Quanto à alegada incompetência do IAP para o licenciamento ambiental da via de acesso, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que justificasse, em sede de antecipação de tutela, o encaminhamento do processo de licenciamento do órgão estadual para o IBAMA, e o encaminhamento prematuro poderia tumultuar aquele processo caso se reconhecesse em julgamento final da ação que o IAP é o órgão competente.

6. Agravo de instrumento improvido.

RELATÓRIO

Este **agravo de instrumento** foi interposto por MARIO TEIXEIRA contra decisão que, **em ação popular** tendo por objeto o licenciamento ambiental do empreendimento Terminal Portuário Pontal do Paraná, particularmente a expedição da licença de instalação, deferiu em parte a antecipação da tutela para o fim de suspender o processo de licenciamento até que seja solicitada, nos autos do respectivo processo administrativo, a manifestação da FUNAI acerca das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

A decisão agravada, de lavra do juiz Alexandre Moreira Gauté, tem o seguinte teor (processo originário, evento 39):

Trata-se de ação popular cujo escopo é a declaração de nulidade de todas as licenças e autorizações concedidas (ou a serem concedidas) à ré Porto Pontal após a emissão da renovação da licença prévia nº 376/2010 (em 11/03/2013), no bojo do processo administrativo de licenciamento ambiental nº 02001.007335/2005-97, referente ao Terminal Portuário Pontal do Paraná - Canal Galheta, em trâmite perante o IBAMA, até que sejam cumpridas todas as condicionantes previstas na LP, que ainda estão pendentes, bem como o cancelamento do processo conduzido pelo IAP sob o nº 11.965.503-0, relativo ao licenciamento da Via Arterial 1, para fins de determinar a sua remessa e regular processamento perante o IBAMA.

Requer a concessão de ordem liminar para o fim de suspender os dois processos administrativos e todas as licenças e autorizações concedidas (ou a serem concedidas) à ré Porto Pontal após a emissão da renovação da licença prévia nº 376/2010, bem como que determine aos réus que se abstenham da prática de quaisquer atos decorrentes da LI, sob pena de multa diária, cominada inclusive em face das pessoas físicas indicadas como réus.

Narra o autor que em 30/11/2005 teve início processo administrativo junto ao IBAMA para licenciar o empreendimento denominado Terminal Portuário Pontal do Paraná (TPPP), no qual foi emitida a licença prévia nº 376/2010 à revelia da manifestação da FUNAI, o que acarretou a propositura da ação de autos nº 500550-92.2014.404.7008 perante este juízo, cujo escopo é a declaração de nulidade dessa licença prévia e de sua renovação. Diz que foi deferida liminar suspendendo os efeitos da LP em sede de agravo de instrumento, porém foi proferida sentença de improcedência do pedido sob o fundamento de que os vícios poderiam ser sanados mediante a solicitação de complementações e/ou revisões antes da instalação do empreendimento, já que o licenciamento ambiental é composto de várias etapas e ainda não havia sido iniciada aquela instalação.

Alega que tais vícios, apontados nos autos daquela outra ação, não foram sanados antes da instalação do empreendimento e ainda se somaram a outros, que, embora levados ao conhecimento do TRF da 4ª Região em sede de apelação, não foram conhecidos com o entendimento de que se tratava de questão estranha aos limites daquela lide. Dessa forma, continua o autor, não restou outra alternativa senão o ajuizamento da presente demanda para atacar os vícios existentes no processo administrativo após a renovação da mencionada licença prévia.

Aduz, em, síntese, que:

a) em 05/05/2015 foi expedida a licença de instalação nº 1059/2015 sem que estivessem formal e materialmente atendidas as obrigações legais no tocante à participação da FUNAI;

b) não houve participação do IPHAN e do IAP;

c) foram desatendidas as condicionantes previstas para fins de emissão dessa LI, com especial destaque para a condicionante 2.21, que diz respeito à viabilidade do acesso viário ao TPPP;

d) houve ampliação da área objeto do licenciamento entre a emissão da LP e a da LI, sendo certo, ainda, que se trata de área sob litígio.

A respeito do vício relativo à não participação da FUNAI, o autor afirma, em resumo, que:

a) a participação da FUNAI no processo administrativo de licenciamento ambiental nº 02001.007335/2005-97 é obrigatória porque há risco de lesão a comunidades indígenas existentes na região onde se pretende instalar o empreendimento;

b) após a concessão da liminar nos autos de ação popular nº 500550-92.2014.404.7008, em que foi reconhecida a necessidade de participação da FUNAI, ela retomou o acompanhamento do licenciamento e emitiu termo de referência para orientar a elaboração de componente indígena do EIA do Porto Pontal;

c) competia à FUNAI regularizar todas as pendências até então verificadas para fins de convalidação da LP, tal como admitido na sentença proferida nos autos nº 500550-92.2014.404.7008, e, ainda, realizar uma série de atos formais e materiais para fins de emissão da LI, o que não ocorreu;

d) nos termos da Instrução Normativa nº 1/2012 da FUNAI, nas fases que antecedem a licença prévia e a licença de instalação, ela deve adotar uma série de providências, dentre as quais estão a manifestação técnica quanto à possibilidade de emissão da LI, após a manifestação das comunidades afetadas, com envio de ofício ao órgão licenciador indicando a aprovação do programa básico ambiental, e a celebração de termo de compromisso com o empreendedor a fim de assegurar a implementação do cronograma estabelecido;

e) a única tarefa efetivamente cumprida pela FUNAI foi a primeira daquelas listadas na inicial, evidenciando-se, assim, o seu descaso na condução das atividades sob sua responsabilidade;

f) se não há informação no processo administrativo nem no histórico do parecer que orientou a concessão da LI, acerca do cumprimento das etapas discriminadas na inicial, é de se concluir que elas materialmente não ocorreram;

g) nos autos nº 5000550-92.2014.404.7008 flexibilizou-se a nulidade da LP, permitindo-se sua complementação e saneamento sob a condição de que isso ocorresse antes da instalação do empreendimento, porém assim não agiram o IBAMA, a FUNAI e a Porto Pontal;

h) a falta de participação da FUNAI no processo administrativo acarretou danos concretos aos indígenas, que não puderam participar do licenciamento ambiental de empreendimento, que trará impactos em suas comunidades, não sabem a proporção desses impactos porque não foram feitos os estudos ambientais pertinentes, nem mesmo para fins de mitigação, e, ainda, porque tais impactos serão necessariamente intensos, haja vista a dimensão do empreendimento licenciado e o grau de detalhamento do termo de referência apresentado pela FUNAI.

No tocante à ausência de participação do IAP e do IPHAN no processo, alude, em síntese, ao seguinte:

a) enquanto a FUNAI não se preocupou em comunicar ao IBAMA o andamento dos estudos relativos ao componente indígena do empreendimento (se é que houve algum andamento), o IBAMA não se preocupou com a conclusão destes estudos ao conceder a LI e também não se preocupou em buscar a atuação do IPHAN previamente à emissão da LI, embora fosse sua obrigação fazê-lo;

b) o dever do IBAMA de provocar a participação do IPHAN e do IAP está previsto nos artigos 5º a 7º da Portaria nº 419/2011, bem como nos artigos 5º, 7º e 8º da Portaria nº 60/2015, que preveem a solicitação de manifestação de órgãos e entidades envolvidos no processo no período que antecede a emissão da LI;

c) o interesse do IPHAN é manifesto na medida em que ele próprio informou que o empreendimento se aproxima do sítio arqueológico tipo sambaqui denominado Guaraguaçu, razão pela qual este instituto se manifestou previamente à emissão da LP;

d) os estudos exigidos pelo IPHAN para fins de análise da emissão da LI foram apresentados pela Porto Pontal em 24/04/2015 (fls. 1757-1760 do processo administrativo) e, sem que houvesse resposta ou qualquer manifestação do IPHAN, foi emitida a LI em 05/05/2015, o que torna nula a licença concedida, nos termos do art. 2º da Lei 4.717/65;

e) há inequívoca omissão do IAP, eis que ele mesmo reconheceu que existem unidades de conservação sob sua tutela que são afetadas pela porção marinha do provável local do empreendimento.

Quanto às condicionantes para concessão de LI, sustenta que:

a) a LI tem o propósito de autorizar a instalação do empreendimento, de acordo com os planos, programas e projetos já aprovados, incluindo as condicionantes (art. 8º, II, da Resolução 237/97 do CONAMA), consoante entendimento já firmado pelo TCU;

b) as pendências existentes em relação ao licenciamento ambiental em questão vêm sendo indevidamente transferidas, desde a sua fase inicial, para as fases subsequentes, sendo que, encontrando-se já em fase de licença de instalação, ainda não foram implementadas todas as medidas que deveriam ter sido adotadas antes da edição da licença prévia;

c) houve a emissão da licença de instalação sem que tenham sido completamente atendidas todas as condicionantes previstas quando da emissão e renovação da LP, sem que tenham sido aprovados todos os planos e programas ambientais e sem que tenha sido comprovada a viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (condicionante 2.21), apesar de manifestação da área técnica do IBAMA pela regularização das pendências antes da emissão da LI (PROCADM 17 a 19, fls. 1761-1796);

d) no que tange à condicionante 2.21 da LP, as rodovias PR407 e PR412, vias que serão utilizadas para acesso viário ao TPPP, não têm capacidade para suportar o tráfego de caminhões que será gerado com a sua instalação, tanto que o IBAMA chegou a dizer que 'seria necessário compatibilizar o porto e o acesso rodoviário para possibilitar a viabilidade ambiental do empreendimento' (fl. 1.474 - PROCADM9)

e) as soluções aventadas seriam a realização de melhorias na PR- 407, a fim de permitir maior fluxo de veículos e suportar veículos de carga (duplicação/estrutura), e a construção da Via Arterial 1, paralela à PR-412, que seria utilizada pelos veículos de carga. A utilização da PR-412 foi expressamente descartada nos termos do Estudo de Impacto Ambiental - EIA do empreendimento;

f) a Via Arterial 1 passou a ser objeto de licenciamento perante o IBAMA, porém, no curso do processo, a Porto Pontal noticiou interesse do Estado do Paraná em licenciar a via e o processo foi, então, transferido ao IAP;

g) a Porto Pontal passou a se manifestar no processo administrativo pela impossibilidade de cumprimento da condicionante 2.21, bem como pela emissão da LI à sua revelia, como se a Via Arterial 1, ao invés de indispensável, fosse apenas uma condição útil à execução das obras. Não obstante a gravidade da situação, o IBAMA chegou a admitir a operação do

TPPP sem a existência da Via Arterial 1, em total descaso com os interesses ambientais por si tutelados e em inequívoco desvio de finalidade;

h) há o risco de o TPPP ser instalado sem que a única alternativa ambientalmente viável a acessá-lo esteja definida, uma vez que a incapacidade das vias existentes já foi reconhecida e que suas condições críticas serão agravadas pelo fluxo decorrente da instalação do terminal;

i) não bastasse o desatendimento das condicionantes da LP, foi liberada pela área técnica do IBAMA a imediata construção do empreendimento sem prova do cumprimento de condicionantes previstas na própria LI, acatando argumento da Porto Pontal no sentido de que as obras iniciais estariam contempladas pelo licenciamento ambiental da empresa Technit;

j) a FUNAI manifestou seu interesse no licenciamento das vias que darão acesso ao TPPP e o IBAMA o reconheceu, portanto, esse reconhecimento dos impactos da Via Arterial 1 em terras indígenas, bem como a necessidade de consideração dos impactos sinérgicos entre a via e o empreendimento em terras indígenas determinam, necessariamente, que o licenciamento da Via Arterial 1 tramite perante o IBAMA, e não perante o IAP, nos termos do art. 7º, XIV, da LC 140/2011.

Por fim, sustentou haver irregularidades relativas ao substancial incremento da área do TPPP dentre as fases de LP e LI, à falta de zelo do IBAMA em relação à notícia de que a área onde se pretende instalar o TPPP é litigiosa e, ainda, ao fato de o faseamento da LI ser meramente 'pro forma', eis que os impactos gerados pela 'fase 1' são os mais significativos.

Devidamente intimados, os réus manifestaram-se previamente nos eventos 16 (IAP), 17 (Porto Pontal), 20 e 25 (IBAMA), 22 (FUNAI), 24 (IPHAN), 33 (Volney Zanardi Junior) e 35 (Ricardo Burg Mlynarz).

O IAP afirmou apenas que o empreendimento (TPPP) é licenciado pelo IBAMA e que, em relação à via de acesso a ela, tramita nessa autarquia estadual o processo que trata da duplicação da PR407, em análise para emissão de LAS, e da nova faixa de infraestrutura em Pontal do Paraná, em que se aguarda apresentação de EIA e RIMA (evento 16).

A Porto Pontal sustentou que (evento 17):

a) a validade da LP e a efetiva participação da FUNAI foram exaustivamente discutidas nos autos de ação popular nº 5000550-92.2014.404.7008, julgada improcedente;

b) relatando as interlocuções entre ela, a FUNAI, e o IBAMA, disse que a FUNAI foi devidamente informada de todos os atos do processo administrativo nº 02017.007335/2005-97 (em trâmite no IBAMA), que tramitam nos autos nº 08620.002893/10 perante a FUNAI;

c) nos termos do art. 6º, I e §4º da Portaria Interministerial nº 419/2011, a ausência de manifestação tempestiva dos órgãos e entidades envolvidos no processo de licenciamento ambiental não implicará prejuízo ao seu andamento nem à expedição da respectiva licença;

d) a Portaria Interministerial nº 60/2015, que revogou a anterior, traz disposição com o mesmo teor, de modo que não há prejuízo ou ilegalidade no fato dos estudos de componente indígena serem realizados concomitantemente ao licenciamento pelo IBAMA;

e) na ata da reunião realizada em 27/01/2015 na FUNAI, ficou consignado que 'em relação às manifestações da FUNAI quanto às licenças do Porto, Burg afirmou que vinculará o processo do Componente Indígena da Via Arterial 1 como condicionante da LI do Porto para emissão da LO';

f) no que diz respeito à suposta revelia do IPHAN, este aprovou o relatório final e considerou o empreendimento apto a receber a licença de instalação (ofício 539/2015) e, além disso, as ações de resgate arqueológico ocorrerão antes de qualquer intervenção na área, cumprindo as determinações do IPHAN e do projeto de resgate arqueológico;

g) no tocante à implantação da Via Arterial 1, esclareceu que foram realizadas reuniões, estudos e vistorias técnicas, e que protocolou junto ao IBAMA, em 26/03/2015, resposta ao parecer nº 02001.000253/2015-93 COPAH de 23/01/2015 e solicitação de faseamento da licença de instalação do TPPP;

h) a Via Arterial 1 é uma obra estratégica e essencial para todo o litoral paranaense, uma vez que sua demanda extrapola as necessidades exclusivas do TPPP, tendo em vista que são anseios da população local e dos turistas que enfrentam enormes filas e congestionamentos nas épocas de veraneio;

i) somente depois da atualização dos dados e dos esclarecimentos prestados por ela (Porto Pontal), que assumiu o risco de que o empreendimento só poderá entrar em operação com a implantação da Via Arterial 1, o IBAMA concedeu a licença de instalação com a condicionante de que a licença de operação não poderá ser emitida sem a implantação daquela via;

j) até o presente momento não houve qualquer intervenção na área, tendo em vista que a empresa ainda aguarda publicação de portaria do IPHAN para poder realizar o resgate arqueológico, declaração de utilidade pública e autorização de supressão de vegetação;

k) em nenhum momento a área total do terreno foi alterada, sendo que a diferença apontada pelo autor decorre de alinhamentos de projeto entre a LP e a LI, inclusive refinamento topográfico e alinhamento do cais com relação a Technit por medidas de segurança, conforme solicitado pelo próprio IBAMA;

l) a LI poderá ser emitida por trechos, fases e etapas específicas, dependendo do interesse do empreendedor, tal como prevê o 'Guia de Procedimentos de Licenciamento Ambiental Federal do IBAMA', e ela (Porto Pontal) optou por requerê-la em três fases;

m) a Via Arterial 1 não está inserida em terras indígenas, tendo sido tal circunstância expressamente referida pelo IBAMA;

n) o Decreto Federal 8437/2015, que regulamenta o art. 7º, XIV, 'h', da Lei Complementar 140, deixa claro que deverão ser licenciados pela União

apenas os empreendimentos localizados ou desenvolvidos em terras indígenas, ou quando se tratar de rodovia federal;

o) não há perigo de dano irreversível porque ainda não foi realizada qualquer intervenção na área e porque as condicionantes estabelecidas no licenciamento importam uma série de verificações a serem realizadas em face de qualquer nova intervenção.

O IBAMA se manifestou no evento 20, juntou documentos no evento 25 e afirmou que todos os perigos alardeados pelo autor não passaram despercebidos no processo de licenciamento e foram ressaltados como condicionantes. Destacou, em síntese, que:

a) a FUNAI foi informada sobre os atos do processo de licenciamento do Porto Pontal;

b) após a análise do atendimento das condicionantes da LP nº 376/2010 (renovação) e demais documentos constantes no processo nº 02001.007335/2005-97, foi emitida a licença de instalação nº 1059/2015;

c) após a emissão da LP, foi protocolado na FUNAI um plano de trabalho do componente indígena pela Porto Pontal, foi determinada a revisão de alguns pontos, foi realizada reunião entre empreendedor e FUNAI em Brasília e foi protocolado na FUNAI plano de trabalho revisado;

d) apesar da FUNAI ainda não ter se manifestado oficialmente sobre o estudo do componente indígena no âmbito do processo de licenciamento ambiental do Porto Pontal, a Portaria Interministerial nº 419, de 26/10/11, e a Portaria Interministerial nº 60, de 24/03/2015, que vieram para esclarecer a atuação dos órgãos envolvidos no licenciamento, não são aplicáveis ao licenciamento do Porto Pontal, uma vez que o TR para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental do empreendimento foi emitido antes da data de publicação da Portaria Interministerial nº 419/11, de modo que não há regulamentação aplicável à situação do licenciamento Porto Pontal sobre o momento exato em que a FUNAI deve se manifestar de forma definitiva;

e) a LI 1.059/15 não autoriza qualquer intervenção na área do empreendimento sem que sejam atendidas várias condicionantes, de modo que não há previsão de ocorrerem, em curto prazo, impactos ambientais nas terras indígenas em decorrência das obras do empreendimento;

f) com o objetivo de conciliar o início das obras do Porto Pontal com a manifestação da FUNAI sobre o estudo do componente indígena das terras indígenas Ilha da Cotinha e Sambaqui, o IBAMA propõe retificar a LI nº 1.059/2015, de maneira a incluir uma condicionante sobre a necessidade de manifestação da FUNAI antes de qualquer intervenção na área do empreendimento, assim como já ocorre em outras condicionantes;

g) conforme o parecer nº 02001.001565/2015-14 COPAH/IBAMA, do dia 30/05/2015, o IPHAN autorizou a execução do levantamento arqueológico e do programa de educação patrimonial na área do empreendimento, e emitiu o ofício nº 539/15 em 08/06/2015, informando que o empreendimento estaria apto a receber a LI;

h) com relação ao acesso viário ao empreendimento, foram analisados os documentos encaminhados pelo empreendedor e demais manifestações constantes no processo administrativo, a partir dos quais foram confeccionados pareceres que deram lastro à emissão da licença de instalação;

i) destacam-se as condicionantes 2.2, 2.7 e 2.9 dessa LI, sendo que a última determina que o início da operação do empreendimento está vinculado à operação da Via Arterial 1;

j) em relação ao possível desatendimento das condicionantes da LI, esclareceu que o IBAMA liberou, após realização de vistoria, a implantação da contenção frontal e lateral entre o cais da empresa Technit e a área de futura instalação do cais Porto Pontal, obra necessária à segurança estrutural dos cais das duas empresas, ainda não iniciadas;

k) as áreas do empreendimento indicadas na LP e na LI são as mesmas, tendo havido mero equívoco na soma da metragem que constou da LP, ao não considerar o aterro hidráulico;

l) não estão presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela.

A FUNAI apresentou informações preliminares no evento 21, oportunidade em que seu procurador limitou-se a afirmar que 'está participando do processo de licenciamento e exigindo que a componente indígena seja levada em conta dentre os condicionamentos (anexo).'

O IPHAN disse apenas não vislumbrar seu interesse jurídico no objeto desta ação e requereu sua exclusão da lide (evento 24).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não acolhimento do pedido liminar ante a não comprovação da verossimilhança das alegações e a ausência de perigo de dano irreparável (evento 29).

Volney Zanardi Junior, ex-Presidente do IBAMA, apresentou informações preliminares no evento 33 e ratificou aquelas prestadas pelo IBAMA. Destacou que o autor não apontou qualquer atitude que ele, na condição de Presidente do IBAMA, tivesse tomado em desacordo com o interesse institucional.

Ricardo Burg Mlynarz prestou informações no evento 35. Sustentou que o interesse institucional da FUNAI não foi deixado à margem. Disse que não há pedido formulado contra a sua pessoa e que, como técnico da autarquia indigenista, responsável pelo componente indígena, sempre atuou no exercício de suas atribuições regulamentares e legais. Sustentou ainda que o termo de referência específico para a elaboração do componente indígena dos estudos de impacto ambiental foi consubstanciado no documento submetido ao Ibama por meio dos Ofícios nº 699/PRES/FUNAI-MJ e nº 744/2014 e 759/2015/DPDS/FUNAI-MJ.

Nova manifestação do autor no evento 34, ratificando o pedido formulado na inicial.

Manifestou-se novamente a Porto Pontal pelo indeferimento do pedido liminar (evento 36).

Sobreveio outra manifestação do autor no evento 37, refutando os argumentos invocados pela Porto Pontal de que teria interesses diversos na promoção desta ação popular. Sustentou, ainda, que o fato da Portaria Interministerial 60/2015 prever que a não manifestação dos órgãos responsáveis não obsta o licenciamento, não quer dizer que não deva ser solicitada sua manifestação.

Passo a decidir.

A possibilidade de concessão de medida liminar para suspensão do ato impugnado é expressamente prevista na Lei da Ação Popular (artigo 5, § 4º, da Lei 4.717/65). Há que se verificar, por conseguinte, em sede de cognição não exauriente, a plausibilidade do direito invocado pelo autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja imediatamente suspenso o ato impugnado.

Como detalhadamente explicado pelo autor, versa a presente demanda sobre alegadas irregularidades que teriam ocorrido no processo de licenciamento ambiental a partir da emissão da licença prévia, ao passo que aquela veiculada nos autos de ação popular nº 50000550-92.2014.404.7008 diz respeito a vícios anteriores e concomitantes à expedição dessa licença.

À vista do interesse público primário na proteção ambiental, que tem sede constitucional (art. 225 da CRFB), a atuação do órgão fiscalizador e licenciador é passível de questionamento perante o Poder Judiciário naquilo que exorbita sua esfera de atribuição ou no que contraria os postulados que orientam a sua atuação.

Assentada essa premissa básica e atento ao fato de que a licença de instalação, diferentemente da licença prévia, autoriza a gradativa implantação do empreendimento, passo a apreciar, em sede de cognição sumária, os argumentos apresentados pelas partes.

Participação do IPHAN e do IAP

No ofício constante do evento 24 (OUT2), o Superintendente do IPHAN afirmou que existe um EIA-RIMA elaborado em 2009, cujos estudos revelaram a existência de sítios arqueológicos na ADA e AID do empreendimento, quando aquela Superintendência emitiu anuência à LP condicionada à execução de prospecções arqueológicas intensivas para a segunda fase do licenciamento.

Acrescentou que nos autos do processo administrativo nº 01508.000381/381/2014-92, referente ao Levantamento Arqueológico e Programa de Educação Patrimonial na área de instalação do TCPP, foi confirmada a presença de sítios arqueológicos que serão resgatados na fase de instalação do terminal.

O IPHAN manifestou-se ainda em 2009 (evento 1, PROCADM7, p. 531), à vista do EIA/RIMA, no sentido de que o empreendedor deveria contratar equipe de arqueólogos para apresentação de um projeto de prospecção e resgate arqueológico nas áreas do TCP para análise e autorização das pesquisas por parte daquele Instituto.

Em abril de 2015, a Porto Pontal apresentou ao IBAMA o resultado da etapa arqueológica prospectiva na área do Terminal, documento também protocolado junto ao IPHAN (evento 1, PROCADM17, p. 26-28).

Na análise de condicionantes da LP, realizada pelo IBAMA, consignou-se que a Portaria 45/2014, do IPHAN, autorizou a execução do projeto de levantamento arqueológico da área de inserção do empreendimento, com validade de 12 meses (evento 1, PROCADM19, p. 3).

Em 08/06/2015, o IPHAN emitiu o ofício nº 539/15, no qual afirma que considera o empreendimento apto a receber a licença de instalação, mediante o cumprimento das condicionantes ali listadas (evento 25, OFIC10).

O IAP, por sua vez, após análise do estudo e relatório de impactos ambientais, manifestou-se favoravelmente ao prosseguimento do licenciamento ambiental (evento 1, PROCADM7, p. 683).

Desse modo, em relação a essa parte da causa de pedir, não vislumbro, nesta quadra processual, verossimilhança nas alegações do autor, hábeis a ensejar o deferimento da liminar.

Ampliação do empreendimento

Tal como explicado pelo IBAMA, a diferença apontada pelo autor, relativamente às áreas do empreendimento, consoante indicadas na licença prévia e na licença de instalação, advém de mero equívoco na soma da metragem contida na licença prévia, que deixou de considerar o aterro hidráulico.

De outra face, não ressaem dos autos do processo administrativo elementos que indiquem ter havido injustificado aumento da área objeto de licenciamento, o que me parece suficiente, ao menos por ora, para rejeitar a concessão da liminar com base nesse fundamento.

Descumprimento de condicionante relativa ao acesso viário

De acordo com os documentos do processo administrativo, analisados em sede de cognição sumária, em reunião realizada no IBAMA em 22/04/2008, foi discutida a via de acesso à área do TPPP. Apresentou-se projeto de Via Arterial, a ser implantado pelo município, aprovado pelo Decreto Municipal nº 2.809/2008. Naquela oportunidade, salientou o empreendedor que se a Prefeitura não dispusesse de recursos para implantação, haveria possibilidade de proposição de PPP para instalação (evento 1, PROCADM6, p. 197).

Em julho foi encaminhado ao IBAMA projeto conceitual do Plano Viário (PROCADM6, p. 249).

Foi publicado edital de pregão pela Prefeitura Municipal de Pontal do Paraná, cujo objeto é a contratação de estudos ambientais para o projeto de implementação da Via Arterial (evento 1, PROCADM7, p. 383 e seguintes).

Em 23/04/2009, a Porto Pontal apresentou análise do incremento do tráfego rodoviário durante a instalação do terminal, em cumprimento ao estabelecido em reunião realizada em Brasília com o IBAMA (evento 1, PROCADM7, p.

459). Nas conclusões desse estudo, assentou-se que seria possível a utilização da PR407 na fase de instalação do TCPP por prazo não superior a dois anos, sendo que, para a fase de operação, deveriam ser implementadas as propostas preconizadas no Plano Diretor da Prefeitura de Pontal do Paraná (implantação da Via Arterial e intervenções para aumento da capacidade da PR407).

A Porto Pontal postulou que a conclusão das obras de duplicação da PR-407 e a construção da Via Arterial 1 fossem admitidas como condição para a emissão de licença de operação (evento 1, PROCADM7, p. 609). O Diretor de Licenciamento Ambiental consignou que no tocante à questão do acesso rodoviário, entendendo que, considerando o documento citado à página 3 do referido parecer, denominado 'Análise do incremento de tráfego rodoviário durante a instalação do Terminal de Containeres de Pontal do Paraná, as vias ora existentes podem suprir a instalação do Terminal, desde que executadas as melhorias propostas no documento supracitado. Entendo, no entanto, que a emissão de LI dependerá da comprovação de viabilidade da Via Arterial I, tendo em vista que no mesmo documento destacou-se que a operação do Terminal depende da conclusão da implantação desta Via e das intervenções de aumento da capacidade da PR-407 (evento 1, PROCADM7, p. 721).

Foi, então, emitida a licença prévia nº 376/2010 (evento 1, PROCADM7, p. 1027), com o estabelecimento de condicionantes, dentre as quais, comprovação das melhorias do acesso rodoviário e apresentação de documento comprobatório da viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (condicionante 2.21).

Em parecer técnico elaborado pelo Ministério Público Federal, a respeito do licenciamento do terminal, concluiu-se que o principal entrave para a implantação e operação do TCPP refere-se ao acesso rodoviário, sendo que o IBAMA desde o início assumiu que os processos de licenciamento do terminal e do modal rodoviário seriam independentes. Ressaltou-se que a despeito de existir outro processo de licenciamento para ampliação do sistema viário em nome de outro empreendedor, que possibilite a implantação do terminal, sugere-se sejam definidas também as responsabilidades a serem assumidas pelo TCPP relacionadas à execução de melhorias e/ou duplicações das rodovias de acesso à área portuária (evento 1, PROCADM7, p. 1071).

A licença prévia foi renovada, mantidas as condicionantes (evento 1, PROCADM7, p. 1109).

Em reunião realizada no IBAMA em 18/11/2014, o empreendedor consignou terem sido feitas as melhorias necessárias à implantação do terminal em relação ao acesso rodoviário, e disse que a Via Arterial 1 estava em fase de licenciamento junto ao IAP (evento 1, PROCADM11, p. 2).

Após o protocolo do pedido de licença de instalação, foram analisados os documentos apresentados, relativos à condicionante 2.21, por meio do Parecer Técnico 253/2015-93 - COPAH/IBAMA (evento 1, PROCADM13, p. 9). Como conclusão desse estudo técnico, foram solicitados esclarecimentos complementares pelo IBAMA quanto às melhorias já realizadas no acesso rodoviário, e solicitado novo estudo completo da situação atual das vias PR-407 e PR-412, a partir das premissas fixadas pelo órgão licenciador. Reforçou-se, ainda, a necessidade de comprovação da

viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM13, p. 7 e seguintes).

Em reunião realizada em 09/02/2015 com o IBAMA, o empreendedor diferenciou os momentos de implantação do empreendimento e ressaltou a possibilidade de faseamento da LI, ao que o IBAMA recomendou a formalização de solicitação da LI para a fase 1 e a protocolização de documento atualizado e consolidado frente aos questionamentos do Parecer Técnico 235/2015 (evento 1, PROCADM13, p. 20).

Tais recomendações foram cumpridas pela ré Porto Pontal em março de 2015 (evento 1, PROCADM14, p. 18), quando apresentadas respostas ao Parecer Técnico 253/2015. Explicou-se o cronograma e o andamento da duplicação da PR-407, as condições da PR-412 e solicitou-se o faseamento do licenciamento, com especificação do fluxo de pessoas, insumos e materiais na fase de obras.

Foi realizada nova reunião com o IBAMA em 07/04/2015 (evento 1, PROCADM17, p. 23), oportunidade na qual esse instituto ressaltou que as principais dúvidas diziam respeito aos dados atualizados do faseamento da LI (dados de tráfego e capacidade das vias).

No Parecer Técnico 1565/2015-14 COPAH/IBAMA, datado de abril de 2015, foram analisadas as condicionantes da LP 376/2010 e os documentos relativos à solicitação de LI. Em relação ao acesso rodoviário, destacou-se que diante das informações apresentadas, constata-se que a PR-407 e a PR-412 passaram por processos de melhoria ao longo dos últimos anos, como, por exemplo, adequação nas alças do viaduto do entroncamento da PR 407 com a BR 277, implantação de passagens em nível para pedestres, redutores de velocidade, sinalização e iluminação (evento 1, PROCADM18, p. 7). A equipe avaliou não ter sido apresentado documento efetivamente comprobatório da viabilidade ambiental da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM18, p. 6).

Foram avaliados os novos estudos de trafegabilidade e sugeriu-se a realização de vistoria pelo IBAMA para verificação das melhorias que estão sendo realizadas na PR-407 e na PR-412, de maneira a ratificar as informações apresentadas. A condicionante foi considerada parcialmente atendida.

Em vistoria realizada pela equipe do IBAMA, em maio deste ano, nos locais destinados às instalações do terminal, em que observados inclusive os aspectos relacionados à melhora da malha viária, concluiu-se que a vistoria objeto do presente parecer propiciou melhor conhecimento, por parte desta equipe técnica, da área de futura instalação do empreendimento, bem como das melhorias que têm sido realizadas nas vias de acesso ao empreendimento que não estão sob licenciamento deste Ibama. No que tange ao posicionamento desta equipe sobre a instalação de estacas-prancha na extensão de aproximadamente 10m x 10m, entende-se que não há óbices, contanto que sejam seguidas as orientações contidas neste parecer. Como demandas específicas, originadas pela vistoria, solicita-se que o empreendedor apresente documentação comprobatória da responsabilidade assumida pela MELPORT em relação as famílias, estabelecimentos comerciais ou quaisquer outras edificações ao longo da alça de acesso, ou

manifeste responsabilidade pelas mencionadas família e edificações (evento 1, OUT26).

Determinou-se, então, a elaboração de minuta de LI, constando como condicionante a revisão de avaliação técnica de operação deste empreendimento a partir da resolução da questão da trafegabilidade com conclusão da Via Arterial 1 (evento 1, PROCADM19, p. 14). A condicionante foi expressamente fixada nos itens 2.2, 2.7 e 2.9 da LI 1059/2015 (evento 1, PROCADM19, p. 19).

Após sucessivas reuniões, apresentação e análise de documentos complementares, relativos ao tráfego viário, condições de trafegabilidade e impacto estimado, entendeu o órgão ambiental licenciador que eram adequadas as condições de trafegabilidade durante o faseamento 1 de instalação do empreendimento. Estabeleceu-se limitação ao fluxo de caminhões/dia durante a baixa e a alta temporada e determinou-se a apresentação de cronograma para finalização de instalação da Via Arterial 1 quando da solicitação da LI para as fases 2 e 3.

Portanto, ao que parece, não foi ignorado o fato de que a implantação da Via Arterial 1 é indispensável para se considerar viável o próprio empreendimento portuário. Pelo contrário, ratificou o IBAMA a necessidade de comprovação de viabilidade da Via Arterial, à qual ficou vinculada a concessão da licença de instalação para as fases 2 e 3. É dizer, de acordo com esses documentos, as condicionantes iniciais parecem ter sido devidamente avaliadas pela autoridade ambiental, que as sopesou e as tomou em conta na eleição das novas condicionantes.

Assim sendo, a autorização dessa primeira fase da instalação encontra lastro, em princípio, nos pareceres técnicos já mencionados, elaborados a partir da análise dos estudos apresentados pelo empreendedor, logo estaria situada no âmbito da discricionariedade técnica inerente à atuação do IBAMA em situações desse jaez. Destaca-se, nesse particular, que a autorização guerreada foi conferida tão somente em relação à 1ª fase da licença de instalação.

De outro vértice, consoante se verifica do ofício 381/GS, de abril de 2013, do Governo do Estado do Paraná (evento 1, PROCADM8, p. 35), este anunciou seu interesse na construção da Via Arterial diante da importância estratégica para o Estado, assumindo o empreendimento e acordando, com fulcro na Lei Complementar 140/2011, o reinício do processo de licenciamento junto ao IAP.

A esse respeito, destacou a FUNAI, por ocasião da reunião realizada com a empreendedora Porto Pontal, com relação à Via Arterial 1, que deverá ser encaminhada a ela solicitação de emissão de termo de referência e que é necessária a sua manifestação para que o IAP emita as licenças (evento 1, PROCADM13, p. 5).

Como regra geral, a Lei Complementar 140/2011 mantém o critério adotado pela Resolução CONAMA 237/97, relativamente ao alcance dos impactos ambientais diretos do empreendimento, dependendo o estabelecimento das tipologias do regramento estabelecido por Comissão Tripartite Nacional e Conselhos Estaduais de Meio Ambiente (art. 18, § 3º, da LC 140/2011). Os

órgãos ambientais estaduais, de acordo com esse regramento, possuem competência residual para licenciamento de atividades.

Assim, embora haja evidente interesse da FUNAI no acompanhamento do empreendimento, ao menos em sede de cognição precária, não há menção a que ele esteja inserto em terras indígenas demarcadas, a justificar o imediato (em sede liminar) deslocamento do licenciamento do IAP para o IBAMA, nos termos do artigo 7º, XIV, 'c', da LC 140/2011.

Portanto, ressaltando-se, uma vez mais, a limitação da cognição ora exercida, haja vista o volume de documentos produzidos na esfera administrativa, não se identificam, de pronto, em relação a tais pontos, as irregularidades apontadas pelo autor.

Participação da FUNAI

Após a concessão e a renovação da LP, a FUNAI foi oficiada pelo IBAMA em março de 2014, oportunidade em que lhe foram solicitadas informações sobre o andamento dos estudos específicos do componente indígena, relacionados ao licenciamento ambiental do terminal portuário (evento 1, OUT5, p. 50 e PROCADM9, p. 7).

Em ofício datado de 15/08/2014, endereçado ao IBAMA, a FUNAI encaminhou termo de referência para orientar a elaboração do componente indígena (evento 1, PROCADM10, p. 17, 19-30). O plano de trabalho foi apresentado em 15/10/2014 pela Porto Pontal (evento 1, PROCADM10, p. 36).

Em ofício datado de novembro de 2014 (evento 22, OFIC2), cujo destinatário era o IBAMA, a FUNAI esclarece ter recebido o plano de trabalho para a realização do componente indígena dos estudos de impacto do porto, que estava sob análise da Coordenação Geral de Licenciamento Ambiental. Acrescentou, porém, o seguinte (grifei):

4. Cabe ressaltar, porém, a existência de uma estrada de acesso ao Porto, informada no Plano de Trabalho encaminhado pelo empreendedor como sendo a estrada estadual PR 407, que deverá ser ampliada e asfaltada para viabilizar sua operação, inferindo em impactos significativos à terra indígena Sambaqui (passando dentro da referida terra) e, potencialmente, a outras terras indígenas da região a serem verificadas junto à Diretoria de Proteção Territorial desta Fundação. No âmbito do licenciamento da rodovia PR-407, a Funai emitiu Termo de Referência em 2011 e os estudos não foram realizados, de modo que deverá ser emitido um novo Termo de Referência, contextualizado com os impactos sinérgicos do Porto.

5. Considerando a vinculação direta entre os empreendimentos estrada PR 407 e Porto Pontal do Paraná, esta diretoria considera que além da necessidade de regularização do componente indígena do licenciamento ambiental do Porto Pontal do Paraná, em andamento, é necessário que se realize Estudo de Impacto Ambiental, incluindo seu componente Indígena, para obter subsídios mais substanciados de modo a analisar os impactos do porto em sinergia com a estrada, possibilitando uma análise de viabilidade socioambiental dos empreendimentos de envergadura condizente com os impactos cumulativos sobre as terras indígenas afetadas.

6. Diante deste cenário, informaremos ao empreendedor que será necessária a regularização dos estudos de impacto ambiental de ambos os empreendimentos no que se refere ao componente indígena.

Em outro ofício, datado de 30/06/2015, cujo destinatário também era o IBAMA, afirmou a FUNAI (evento 22, OFIC3 - grifei):

Em 27 de janeiro de 2015 realizamos reunião na sede desta Fundação em que orientamos o empreendedor e equipe consultora para a realização de ajustes no Plano de Trabalho de realização dos estudos, e reforçamos a necessidade da realização de tais estudos para que a Funai pudesse se manifestar adequadamente acerca das licenças do empreendimento.

Entretanto, há de se destacar que a Licença Prévia do empreendimento foi emitida, sem a devida manifestação desta Fundação. Para além disso, no dia 05 de maio de 2015 foi emitida a Licença de Instalação, também sem a solicitação de manifestação a esta Fundação conforme prevê a Portaria Interministerial 60/2015.

Vale ainda ressaltar que, para subsidiar sua manifestação, a Funai deve realizar as devidas consultas aos povos indígenas conforme as regulamentações do componente indígena nos processos de licenciamento ambiental.

Desta forma, considerando a Portaria Interministerial 60/2015 e demais regulamentações vigentes, solicitamos informações a este Ibama, dos motivos desta Fundação não ter sido consultada quanto às licenças ambientais do empreendimento em tela. Nesse sentido, ressaltamos a importância da Funai ser considerada, segundo as normativas, neste processo de licenciamento ambiental, já que o empreendimento denominado Porto de Pontal do Paraná, afeta terras e comunidades indígenas, tal como a TI Ilha da Cotinga, que dista 3 km do empreendimento.

Diante dessa manifestação da FUNAI, conclui-se que o IBAMA sequer solicitou a participação dela no processo que ensejou a emissão da LI. Verifica-se das condições de validade da licença de instalação nº 1059/2015, ademais, que não há qualquer ressalva em relação à apresentação e conformidade do componente indígena ou anuência da FUNAI para operação do empreendimento (evento 1, PROCADM19, p. 17-19). Talvez por isso, o IBAMA propôs agora retificar a LI, de maneira a incluir uma condicionante sobre a necessidade de manifestação da FUNAI antes de qualquer intervenção na área do empreendimento (evento 20).

Como é sabido, em junho de 2002 o Brasil ratificou, através do Decreto Legislativo nº 143, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada pelo Decreto nº 5.051/2004. Essa Convenção, que reconhece como critério fundamental o elemento de autoidentificação e explicita procedimento de reconhecimento de povos indígenas e tribais, estabelece em seu artigo 6º:

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Ademais, os artigos 6º e 7º da Portaria Interministerial nº 60/2015 estabelecem que:

Art. 6º Após o recebimento dos estudos ambientais, o IBAMA, no prazo de trinta dias, no caso de EIA/RIMA, e de quinze dias, nos demais casos, solicitará manifestação dos órgãos e entidades envolvidos.

Art. 7º Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/RIMA, e de até trinta dias, nos demais casos, contado da data de recebimento da solicitação, considerando:

I - no caso da FUNAI, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos;

Em que pese tenha o IBAMA apontado para a inaplicabilidade das Portarias Interministeriais 419/2011 e 60/2015 ao caso, eis que posteriores à data de emissão do termo de referência para o empreendimento em tela, haja vista o contido no art. 12 da primeira e no art. 14 da segunda, é certo que o regramento por elas estabelecido é válido ao menos como parâmetro de atuação, haja vista o que determina a Convenção 169 da OIT: há obrigatoriedade de consulta aos povos indígenas diante de medidas que possam afetá-los diretamente. E o fato é que essa consulta não foi feita antes da emissão da LI.

Em resumo, diante das informações da FUNAI, subscritas por seu Diretor (evento 22, OFIC3), no sentido de que a expedição da LI ocorreu à sua revelia, de modo que as comunidades indígenas afetadas não puderam ser consultadas, evidencia-se a verossimilhança das alegações do autor nesse particular: ilegalidade e lesividade do ato praticado em relação ao patrimônio cultural representado pelas comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento (art. 5º, LXXIII, da CRFB).

Outrossim, a possibilidade de que o início das atividades de instalação do empreendimento venha a impactar a vida das comunidades indígenas que habitam o entorno da área é suficiente para configurar o periculum in mora, o que conduz ao deferimento da liminar.

Destaca-se, por fim, que essa decisão pode ser revista a qualquer tempo se alterados os pressupostos que a fundamentaram, seja pela superveniente dilação probatória, seja pela possibilidade de avaliação do feito sob cognição exauriente.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido liminar para suspender os efeitos da licença de instalação nº 1059/2015, outorgada à ré Porto Pontal pelo IBAMA, até que seja solicitada, nos autos do respectivo processo administrativo, a manifestação da FUNAI acerca das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento, observadas as disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, em caráter subsidiário, as previsões da Portaria Interministerial 60/2015.

Ficam os réus cientes de que eventual descumprimento dessa decisão ensejará a aplicação de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem prejuízo de eventual responsabilização na esfera criminal e por improbidade administrativa.

Intimem-se.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Citem-se os réus para apresentarem contestação no prazo de 20 (vinte) dias, oportunidade em que IBAMA, IAP e FUNAI deverão se manifestar expressamente sobre a atribuição para licenciamento ambiental da Via Arterial 1.

Acaso presente nas contestações alguma das hipóteses previstas nos artigos 325 a 327 do CPC, intime-se o autor para réplica.

Após, intimem-se as partes, a começar pelo autor, para que especifiquem, de forma fundamentada, no prazo sucessivo de cinco dias, as provas que pretendem produzir.

Havendo pedido de produção probatória, façam-se conclusos para despacho.

Não havendo pedido de produção de provas, colha-se o parecer do MPF e, em seguida, venham conclusos para sentença.

A parte agravante alega que: **(a)** estão-se repetindo os danos às comunidades indígenas denunciadas e reconhecidas na ação popular anterior, relativa à licença prévia, devendo o empreendimento ser instalado no entorno de comunidades indígenas sem sequer contar com estudos de mitigação de impactos ambientais, mesmo após o Poder Judiciário já ter reconhecido, por diversas vezes, as irregularidades na condução do processo administrativo em questão; **(b)** após a concessão da liminar na primeira ação, a FUNAI apenas começou a participar do licenciamento ambiental em questão e emitiu o Termo de Referência - TR para estudo do componente indígena que deveria ser realizado previamente à emissão LP, no entanto, sua participação se encerrou por aí, nada de concreto sendo realizado; **(c)** a licença de instalação do empreendimento foi expedida sem a manifestação prévia da FUNAI, assim como ocorrera quando da emissão da licença prévia; **(d)** como na ação popular anterior, novamente a FUNAI comparece aos autos apenas para afirmar que não participou do licenciamento, e mesmo assim o juízo não invalidou o processo de licenciamento ambiental; **(e)** a ausência de participação da FUNAI, nos termos da normativa vigente, torna nulo o processo de licenciamento ambiental e importa violação dos direitos das comunidades indígenas afetadas; **(f)** é imprescindível a participação no processo de licenciamento ambiental também do IPHAN, em decorrência da presença de sítio arqueológico no local, e do IAP, porque as Zonas de Amortecimento do Parque Estadual da Ilha do Mel e da Estação

Ecológica da Ilha do Mel incidem sobre a porção marinha do provável local do empreendimento; **(g)** o descumprimento de condicionantes contidas na licença prévia, em especial da condicionante 2.21, relativa à viabilidade do acesso viário ao porto, impede a concessão de licença de instalação; **(h)** o processo de licenciamento da via, que vem sendo conduzido perante o IAP, precisa ser suspenso e transferido para o IBAMA, dado o interesse da FUNAI no processo.

Pede a parte agravante, então, o deferimento da antecipação da tutela recursal, para o fim de que a liminar requerida seja deferida integralmente, 'suspendendo-se ambos os processos administrativos impugnados, bem como todas as licenças e/ou autorizações concedidas (ou a serem concedidas) à agravada Porto Pontal após a emissão da Renovação da Licença Prévia nº 376/2010, e determinando-se aos agravados que se abstenham da prática de quaisquer atos decorrentes da LI'.

A decisão inicial indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo de instrumento.

O processo foi incluído em pauta para julgamento na sessão de 22/03/2016, mas foi retirado de pauta em razão da manifestação da parte agravada sustentando que não finalizou o Estudo do Componente Indígena exclusivamente porque pendia de realização reunião da FUNAI nas comunidades indígenas para compartilhar o Plano de Trabalho, aprovado desde 30.06.2015. Inclusive, em face da demora, informou que interpusera mandado de segurança perante a justiça federal do Distrito Federal, tendo o juízo de origem determinado prazo para a FUNAI agendar reunião. Pediu a intimação da FUNAI para manifestação acerca da realização da reunião.

Sem manifestação da FUNAI, o processo foi incluído em pauta para julgamento na sessão de 13/04/2016, sendo retirado novamente porque sobreviera manifestação da FUNAI informando que iria realizar as reuniões até a segunda quinzena de abril de 2016 (evento 69), e também porque peticionou o agravado Porto Pontal Paraná Importação e Exportação S/A, requerendo a retirada de pauta do processo (evento 76).

O agravante pediu o julgamento do agravo (evento 94).

A FUNAI (evento 96) informou que havia sido realizada a reunião para apresentação e validação do Plano de Trabalho, contando com a participação de representantes indígenas da Ilha da Cotinga, Sambaqui e Guaviraty-Shangrilá, representantes da Fundação (Coordenação Regional Litoral Sul e Coordenação Técnica Local de Paranaguá), da empresa Porto Pontal Paraná Importação e Exportação S.A., da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina

(APPA) e da empresa de consultoria Biodinâmica. Informou também que a etapa seguinte do processo seria a elaboração do estudo do Componente Indígena com duração de 4 meses.

A agravada pediu o desprovemento do agravo (evento 99).

O Ministério Público Federal ratificou o parecer do evento 48, pelo desprovemento do agravo (evento 111).

O processo foi incluído em pauta para julgamento nas sessões de 06/07/2016 e 13/07/2016, mas foi novamente retirado para que fosse julgado em conjunto com o agravo de instrumento relacionado (nº 5045299-38.2015.404.0000) na primeira sessão subsequente ao término das férias regulamentares deste Relator.

É o relatório.

VOTO

A decisão inicial que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal está assim fundamentada:

Embora as alegações da parte agravante, entendo deva ser mantida a decisão agravada por estes fundamentos:

(a) o juízo de origem está próximo das partes e dos fatos, devendo ser prestigiada sua apreciação dos fatos da causa, não existindo nos autos situação que justificasse alteração do que foi decidido;

(b) a decisão agravada está suficientemente fundamentada, neste momento parecendo a este relator que aquele entendimento deva ser mantido porque bem equacionou, em juízo sumário próprio das liminares, as questões controvertidas;

(c) o teor dos fundamentos da decisão agravada não autoriza a conclusão de que o simples encaminhamento de ofício do IBAMA à FUNAI, requerendo sua manifestação sobre o licenciamento ambiental, seja suficiente para o levantamento da suspensão dos efeitos da licença de instalação. Veja-se, a propósito, como a decisão agravada se refere à necessidade da participação da FUNAI:

Em que pese tenha o IBAMA apontado para a inaplicabilidade das Portarias Interministeriais 419/2011 e 60/2015 ao caso, eis que posteriores à data de emissão do termo de referência para o empreendimento em tela, haja vista o contido no art. 12 da primeira e no art. 14 da segunda, é certo que o regramento por elas estabelecido é válido ao menos como parâmetro de atuação, haja vista o que determina a Convenção 169 da OIT: há obrigatoriedade de consulta aos povos indígenas diante de medidas que possam afetá-los diretamente. E o fato é que essa consulta não foi feita antes da emissão da LI.

Em resumo, diante das informações da FUNAI, subscritas por seu Diretor (evento 22, OFIC3), no sentido de que a expedição da LI ocorreu à sua revelia, de modo que as comunidades indígenas afetadas não puderam ser consultadas, evidencia-se a verossimilhança das alegações do autor nesse particular: ilegalidade e lesividade do ato praticado em relação ao patrimônio cultural representado pelas comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento (art. 5º, LXXIII, da CRFB).

Outrossim, a possibilidade de que o início das atividades de instalação do empreendimento venha a impactar a vida das comunidades indígenas que habitam o entorno da área é suficiente para configurar o periculum in mora, o que conduz ao deferimento da liminar.

Com efeito, o óbice apontado pelo juízo 'a quo' à licença de instalação, quanto ao componente indígena, parece não se resumir à falta de um ofício. Em verdade, o alcance da decisão agravada somente poderá ser apreendido inteiramente quando da apreciação, pelo juízo de origem, da petição apresentada pelo IBAMA no evento 64 dos autos originários.

Enquanto ainda não perfeitamente delineado o alcance da decisão, seria precipitada qualquer intervenção da instância recursal. Naturalmente, fica assegurado ao agravante a possibilidade de rediscutir a questão junto ao Tribunal após ser plenamente definida a forma como o juízo conduzirá a solução do componente indígena dentro do processo de licenciamento ambiental.

Quanto aos demais tópicos suscitados no agravo - intervenção do IPHAN e transferência do processo de licenciamento da via de acesso do IAP para o IBAMA -, não há urgência que justifique a antecipação da tutela recursal, impondo-se a oitiva da parte contrária.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Não há motivos para conclusão diversa, devendo ser mantida a decisão de origem no que tange ao provimento liminar porque, em que pese se reconheça a necessidade de participação efetiva da FUNAI e de realização dos estudos do componente indígena no processo de licenciamento, não há razão para uma ampliação daquele provimento para o fim pretendido pelo agravante, que é de suspender a licença até que seja integralmente atendido o componente indígena do licenciamento ambiental.

Ao que parece, até o presente momento, a empresa ré não apresentou resistência em fazer esses estudos, argumentando que não teve condições de realizá-los em razão da inércia da própria FUNAI em realizar a audiência junto à comunidade indígena, o que acabou se confirmando no processo, pois a FUNAI somente tomou providências no curso desta ação.

Após a concessão da liminar, as partes adotaram providências, havendo inclusive manifestação do IBAMA no sentido de que havia sido cumprida a ordem liminar e que deveria ser afastada a ordem de suspensão.

A petição apresentada pelo IBAMA no evento 64 dos autos originários informou que havia sido satisfeita a condição imposta pelo juízo na decisão ora agravada (evento 39) no que tange ao encaminhamento dos expedientes que faltavam à FUNAI. Requereu a retomada dos efeitos da Licença de Instalação 1.058/2015.

Essa manifestação havia sido por mim considerada quando do exame do pedido de antecipação de tutela recursal para dizer que somente após o seu exame pelo juízo de origem é que seria possível saber ao certo o alcance da decisão agravada.

Da análise dos autos originários, verifico que ainda não houve apreciação pelo juízo de origem quanto à manifestação do IBAMA na petição do evento 64 no sentido de que estaria cumprida a condicionante fixada na decisão ora agravada, assim como não houve esclarecimento quanto ao alcance da ordem liminar ora impugnada.

Com relação a esta petição, o juízo determinou a intimação das partes para que se manifestassem a seu respeito (decisão do evento 78).

A FUNAI (eventos 82 e 83) informou que não poderia se posicionar acerca do empreendimento e estabelecer eventuais condicionantes à Licença de Instalação sem antes terminar o estudo de impacto no que toca ao componente indígena. Pediu a manutenção da suspensão da Licença de Instalação, alegando que o simples pedido do IBAMA dirigido à FUNAI para que esta se manifestasse naquele procedimento, sem que estivesse atendido o disposto na Portaria Interministerial nº 60/2015 e sem apresentação do componente indígena pelo empreendedor, não é suficiente para a efetiva participação da FUNAI.

A ré Porto Pontal (evento 94) defendeu que não havia sido possível terminar o estudo do componente indígena somente em razão da demora da FUNAI em agendar a reunião para apresentar o Plano de Trabalho às comunidades indígenas, e que a justificativa até então apresentada pela FUNAI era de indisponibilidade de servidores e de restrições orçamentárias. Afirmou ter impetrado mandado de segurança perante o TRF da 1ª Região para que a FUNAI agendasse a reunião com as comunidades indígenas.

O autor (evento 97) manifestou-se no sentido de não ter havido a satisfação da condicionante fixada na decisão liminar, pois a tutela dos interesses dos indígenas não estaria limitada à mera expedição de ofícios. Pediu o indeferimento do pedido do IBAMA e esclarecimento pelo juízo do alcance da decisão liminar de modo a garantir que a participação da FUNAI no licenciamento seja feita nos termos da normativa vigente, assegurando de forma efetiva os interesses dos indígenas afetados pelo empreendimento em questão.

A ré Porto Pontal (evento 99) defendeu novamente que estava aguardando o agendamento da reunião pela FUNAI e, após (evento 102), noticiou a ocorrência da referida

reunião em 08/04/2016, - conforme fora informado pela FUNAI no evento 96 dos autos do presente agravo -, na qual o Vice-Cacique Dionísio aprovou a equipe consultora e a entrada em terra indígena para o desenvolvimento dos estudos. Alegou que foi atendido o disposto no art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, pois foi realizada a consulta aos povos interessados, com a devida participação da FUNAI como entidade representativa. Explicou que a suspensão da licença de instalação impede a continuidade na aprovação de alguns programas pelo IBAMA que se encontram previstos nas condicionantes já dispostas no processo de licenciamento. Pediu a revogação da liminar, ou, alternativamente, a liberação parcial da implementação das condicionantes da Licença de Instalação nº 1059/2015.

O autor (evento 103) reforçou os argumentos já expendidos para fundamentar o pedido de indeferimento da liberação da licença de instalação e o pedido de esclarecimento pelo juízo do alcance da liminar deferida a fim de manter suspensa a licença, no mínimo, até que seja integralmente atendido o componente indígena do licenciamento ambiental. Referiu também que não se opõe à inclusão da FUNAI no pólo ativo da demanda caso assim entender a autarquia.

Ainda não houve manifestação do juízo sobre esses pedidos, não havendo também esclarecimentos quanto ao alcance da decisão agravada. Contudo, diante da importância do direito discutido e da fundamentação da decisão agravada, não parece tivesse o provimento liminar determinado apenas a expedição de um ofício.

Diante desse contexto, entendo que a decisão agravada dá conta de proteger, por ora, o direito defendido pelo autor da ação popular, ora agravante, tanto que, depois de proferida, houve encaminhamento voltado à participação das comunidades atingidas, realizando-se a reunião com a comunidade e havendo aprovação pelo representante indígena dos planos de trabalho e da equipe responsável.

Assim, em exame superficial próprio das liminares, não vejo motivos para reformar a decisão agravada neste ponto.

Passo ao exame das demais questões discutidas neste agravo e que não haviam sido examinadas na decisão inicial devido à falta de urgência que justificasse a antecipação da tutela recursal.

Quanto à participação do IPHAN, a decisão agravada merece ser mantida e não há motivos para reforma porque **(a)** verifica-se que o IPHAN participou do processo de licenciamento, conforme afirmou na origem (evento 24 dos autos originários) e em contrarrazões a este agravo (evento 23 deste agravo); **(b)** sua participação era necessária

porque o empreendimento atinge sítios arqueológicos, o que ficou confirmado no Levantamento Arqueológico e Programa de Educação Patrimonial na área de instalação do Terminal Portuário (PA nº 01508.000381/381/2014-92); **(c)** conforme referido na decisão agravada, o IPHAN manifestou-se sobre o EIA-RIMA afirmando que o empreendedor deveria contratar equipe de arqueólogos para apresentação de um projeto de prospecção e resgate arqueológico nas áreas do TCP, o que parece ter sido cumprido (evento 1, PROCADM17, p. 26-28); **(d)** o IPHAN autorizou a execução do projeto de levantamento arqueológico da área como condicionante da licença prévia (evento 1, PROCADM19, p. 3); **(e)** o IPHAN concordou com a emissão de licença de instalação, mediante o cumprimento das condicionantes ali previstas (evento 25, OFIC10); **(f)** o agravante não traz elementos que apontem para descumprimento das condicionantes previstas nas licenças no que se refere aos sítios arqueológicos e com as quais concordou o IPHAN, não havendo, em análise sumária própria do agravo de instrumento, verossimilhança na alegação do agravante de que não houve prévia manifestação do IPHAN.

Quanto à participação do IAP, a decisão agravada deve ser mantida porque **(a)** não parece tivesse o processo de licenciamento ocorrido à revelia do IAP uma vez que há manifestação daquele Instituto no processo administrativo favorável à concessão da licença, como se vê do ofício encaminhado pelo IAP ao IBAMA (evento 1 - processo administrativo 7 - p. 681/683); **(b)** o fato de existirem Unidades de Conservação Estaduais a menos de 10km da localização prevista para o empreendimento foi considerado pelo IBAMA para solicitar ao IAP que se manifestasse no processo (evento 1 - processo administrativo 7 - p. 693); **(c)** em que pese o IAP ter referido na petição do evento 13 do processo originário que não teria participado do processo de licenciamento, essa afirmação não é verídica frente aos documentos que foram juntados com a inicial, os quais somente poderiam ser refutados mediante alegação de falsidade; **(d)** eventual necessidade de participação mais aprofundada do IAP no processo deve ser examinada após o contraditório e instrução probatória, não havendo, por ora, a verossimilhança das alegações que é necessária para a concessão da antecipação de tutela pretendida; **(e)** não verifico também perigo de dano ou de difícil reparação que ensejasse modificação da tutela já deferida na origem em razão da alegada falta de participação do IAP.

Quanto ao descumprimento de condicionantes contidas na licença prévia, em especial da condicionante 2.21, relativa à viabilidade ambiental do acesso viário ao porto (Via Arterial 1), a decisão agravada deve ser mantida porque **(a)** o juízo de origem bem examinou o andamento do processo de licenciamento, verificando-se que não foi ignorado o

fato de que a implantação da Via Arterial 1 é indispensável para se considerar viável o próprio empreendimento portuário; **(b)** quanto a eventual descumprimento da condicionante referente à licença ambiental para o acesso viário, é importante um exame mais aprofundado da questão, pois há processo de licenciamento em andamento perante o IAP e há forte interesse do Governo do Estado do Paraná em construir essa via arterial diante da importância estratégica para o Estado, como referiu o juízo de origem, não podendo este juízo antecipar-se num julgamento de mérito e afirmar neste momento se há ou não o cumprimento dessa condicionante, parecendo, neste momento, que a questão está sendo discutida administrativamente; **(c)** por ora, eventual descumprimento que haja não justifica um provimento maior do que foi dado na origem, uma vez que a licença de instalação encontra-se suspensa, o que está sendo mantido neste julgamento.

Quanto à transferência do processo de licenciamento da via de acesso (Via Arterial 1) do IAP para o IBAMA, a decisão agravada deve ser mantida porque **(a)** não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que justifique, em sede de antecipação de tutela, o encaminhamento do processo de licenciamento da via de acesso ao IBAMA; **(b)** o encaminhamento prematuro poderia tumultuar aquele processo caso se reconheça em julgamento final da ação que o IAP é o órgão competente; **(c)** essa questão ainda não está madura para ser decidida, considerando que apenas o IAP manifestou-se nesse sentido, como se vê das contrarrazões do FUNAI, da IBAMA e do IAP (eventos 26, 27 e 40) e das contestações (eventos 63, 65 e 72).

Portanto, o que foi trazido nas razões de recurso não me parece suficiente para alterar o que foi decidido, mantendo-se a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por **negar provimento ao agravo de instrumento**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5010879-35.2015.4.04.7201

RELATOR : RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FATMA
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

APELADO : TGB - TERMINAL GRANELEIRO DA BABITONGA S.A.
ADVOGADO : Bruno de Andrade Christofoli
: BEATRIZ CAMPOS KOWALSKI
DATA DA DECISÃO 18/10/2016

EMENTA

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.

- Não havendo demonstração consistente de que o empreendimento questionado venha a interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, não há falar em nulidade do processo de licenciamento ambiental.

- Tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de TGB - Terminal Graneleiro da Babitonga S.A., da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina - FATMA objetivando declaração de nulidade do processo de licenciamento ambiental do TGB - Terminal Graneleiro da Babitonga S.A, da licença prévia expedida e dos demais atos que vierem a ser praticados, bem como que se determine aos réus que realizem estudo e avaliação do componente indígena do licenciamento, com integral observância das disposições da Instrução Normativa n.º 02, de 27/03/2015, da FUNAI.

Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios (art. 18 da Lei nº 7.347/85).

Inconformado, o Ministério Público Federal apelou. Preliminarmente, requereu a análise do agravo retido. Alegou que, embora se considere possível o julgamento pela procedência da demanda independentemente da inspeção judicial na TI Morro Alto e arredores, como requerido pelo órgão e indeferido pelo juízo *a quo*, postula que, acaso o Tribunal entenda necessário, determine a anulação da sentença e o retorno dos autos à primeira, instância, para realização da prova. Aduziu que havendo possibilidade de impacto ambiental de empreendimento em terra indígena, a participação da FUNAI deve ocorrer desde o início do processo de licenciamento, para que seja levado em conta o componente indígena quando da emissão das licenças. Argumentou pela aplicação da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, aprovada pelo Brasil em 2002 e promulgada pelo Decreto n.º 5.051/2004, que dispõe sobre as medidas a serem adotadas com o fim de salvaguardar as pessoas, instituições, bens, culturas e o meio ambiente dos povos indígenas. Ressaltou que a Instrução Normativa n.º 2/2015 da FUNAI estabelece a necessidade de elaboração do componente indígena do licenciamento ambiental. Requereu a antecipação da tutela recursal.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte, onde o MPF ofertou parecer no sentido do provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, verifico que a sentença recorrida foi publicada anteriormente a 18/03/2016. Assim, à apelação são exigidos os requisitos de admissibilidade previstos no CPC/1973, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do STJ (Enunciados administrativos n.ºs 2 e 3 do STJ).

O Ministério Público Federal ingressou com a presente ação civil pública objetivando a declaração de nulidade do processo de licenciamento ambiental do TGB - Terminal Graneleiro da Babitonga S.A, da licença prévia expedida e dos demais atos que vierem a ser praticados, bem como que se determine aos réus que realizem estudo e avaliação do componente indígena do licenciamento, com integral observância das disposições da Instrução Normativa n.º 02, de 27/03/2015, da FUNAI.

Narrou que: o projeto de instalação do TGB - Terminal Graneleiro Babitonga S.A. visa à construção de porto graneleiro na Ilha de São Francisco do Sul, no litoral norte do Estado de Santa Catarina, em local situado na margem sudoeste da Baía da Babitonga, na Estrada das Laranjeiras (Rua Walter Rhinow), Poste 43, n.º 2886, Bairro Laranjeiras, com

objetivo de operar granéis sólidos (grãos e farelos); o local da construção faz limite com a Terra Indígena Morro Alto e está bastante próximo à aldeia Yvy Dju/Reta, área para a qual não houve estudo de identificação e delimitação.

De início, conheço do agravo interposto pelo MPF, já que reiterado no bojo do recurso de apelação. Tenho que a questão levantada naquele recurso confunde-se com o mérito do apelo ora em exame, de forma que deixo para apreciar o agravo juntamente com a análise do mérito da apelação.

No que diz respeito ao requerimento de inspeção judicial, o art. 130 do CPC reserva ao magistrado a tarefa de conduzir o processo, determinando as provas necessárias e suficientes para o seu convencimento, indeferindo diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Em princípio, pois, compete ao julgador *a quo* decidir acerca da necessidade de produção da postulada prova.

No caso em exame, tenho que se mostra desnecessária a realização inspeção judicial para o deslinde do feito. Tratando-se de controvérsia acerca da necessidade de avaliação do componente indígena no procedimento de licenciamento ambiental, a questão pode ser dirimida por meio da vasta prova documental carreada aos autos.

Quanto às alegações do apelante, em suma, tenho que a sentença lavrada pelo Eminentíssimo Juiz Federal Paulo Cristóvão de Araújo Silva Filho apreciou com deslinde a controvérsia, razão pela qual adoto seus fundamentos como razão de decidir:

O presente feito não demanda dilação probatória e, menos ainda, a realização, como postulado pelo Ministério Público Federal, de uma inspeção judicial. É que a única questão de fato efetivamente controvertida não versa sobre a existência de alguma influência do empreendimento em terras indígenas ou sobre a localização do terreno em que ele será instalado, mas a existência ou não de provocação da FUNAI quanto à participação do processo de licenciamento, tema que pode perfeitamente ser solucionado a partir dos documentos juntados tanto com a inicial como com as respostas. As demais questões controvertidas são todas jurídicas e, portanto, não justificam uma inspeção judicial ou uma dilação probatória que somente terá o condão de adiar o julgamento do feito, sem qualquer resultado prático útil quanto à confirmação ou infirmação de fatos deduzidos no processo.

Organizando as questões essenciais do presente feito do ponto de vista da prejudicialidade lógica, o que deve ser resolvido é: a existência de obrigação de o componente indígena ser considerado no licenciamento ambiental do empreendimento portuário da primeira ré - Terminal Graneleiro da Babitonga S.A.; caso essa obrigação exista, os efeitos jurídicos de não ter ela sido respeitada quer no licenciamento ambiental prévio, quer quanto aos atos posteriores dela dependentes.

Inicialmente, deve-se tomar por premissa dois fatos: houve uma demarcação de terra indígena no local e essa demarcação foi suspensa por decisão judicial proferida nos autos n.º 2009.72.01.005913-0, que ainda pende de julgamento. Isso, por si só, já justificaria a improcedência do pedido caso a manutenção da suspensão tivesse tido por fundamento a inexistência da ocupação, ao invés do que foi reconhecido pelas cortes superiores - TRF4 e STJ -, apenas a violação de aspecto formal do procedimento de demarcação. Sendo ainda precária a decisão e não havendo controvérsia sobre a ocupação **atual** da área por indígenas, devem ser enfrentadas as demais causas de pedir deduzidas pelo Ministério Público Federal.

A Constituição, no que interessa ao presente caso, determina:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

III - **proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural**, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - **impedir a evasão, a destruição e a descaracterização** de obras de arte e **de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural**; (...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (...)

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. (...)

§ 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. (...)

A leitura do art. 231 transcrito deixa evidente que a especial proteção da terra indígena é limitada à própria terra, não abrangendo, como parece querer o Ministério Público Federal, as áreas vizinhas. Atente-se que, na demarcação de terras indígenas, um dos cuidados tomados pela administração é precisamente assegurar que elas tenham áreas razoavelmente extensas para assegurar que a população que lá reside não sofra pressões externas excessivas. É certo, e isso não pode ser presumido como ignorado pelo legislador, que as zonas de interface das terras indígenas com as demais áreas sempre implicarão, em algum grau e de acordo com a permeabilidade que a própria população indígena tem, em interferências sobre a organização social, costumes, língua, crenças e tradições. Isso não significa dizer que **nada que tenha um potencial tal** possa ser instalado nas vizinhanças de terras indígenas. Se assim fosse, as terras nacionais teriam que ser todas transformadas em terras indígenas, já que, de outro modo, a terra não indígena não seria explorável dentro do regime de capital e trabalho que foi escolhido pelo constituinte para estruturar, do ponto de vista econômico, nossa sociedade. Essa evidentemente não foi a escolha constitucional, e isso foi refletido no art. 23, parágrafo único - que expressa claramente a necessidade de equilíbrio entre o desenvolvimento e o bem-estar refletidos nos valores dos incisos - e na legislação infraconstitucional a respeito da questão.

No exercício da competência posta no art. 23, parágrafo único, foi editada a Lei Complementar n.º 140/2011, que prevê:

Art. 1.º Esta Lei Complementar fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. (...)

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;

IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais. (...)

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1.º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental. (...)

Deve-se atentar que, no presente feito, **não se está** a discutir a quem pertence a atribuição de licenciar o empreendimento em questão, tema submetido à

apreciação judicial em processo diverso pelo mesmo Ministério Público Federal.

A discussão é se, no contexto da presença indígena na vizinhança do terreno de implantação do empreendimento, seria inválido o licenciamento concedido pelo órgão ambiental estadual sem participação substancial da FUNAI e da própria população indígena.

A Lei n.º 5.371/1967, invocada pelo MPF como uma das origens da obrigação em questão, determina:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: (...)

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas; (...)

A Lei n.º 6.938/1981, por sua vez, prevê:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

§ 1.º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

Desses preceitos legais, não há como reconhecer, como quer o autor, uma obrigação de intervenção da FUNAI sempre que há potencial de afetação indígena. O que há, nos termos da LC n.º 140/2011, art. 13, § 1.º, é a **possibilidade** de participação de um ente federal no licenciamento de outro e, mesmo nesse caso, a manifestação desse ente é meramente facultativa, em especial naquelas situações, como foi a dos autos, em que o possivelmente interessado - a FUNAI - deixa de se manifestar mesmo quando provocado.

Não socorre ao MPF a invocação, para o caso, da Convenção OIT n.º 169, internalizada pelo Decreto n.º 5.051/2004. Essa convenção determina:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, **cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente**;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, **pelo menos na mesma medida que outros setores da**

população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; (...)

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º (...)

3. Os governos deverão zelar para que, **sempre que for possível**, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas. (...)

A norma emanada na convenção relativa à consulta dos povos indígenas tem por objetivo tratar as situações em que a afetarão esses povos **diretamente**, situação que somente seria possível se houvesse uma interferência direta do empreendimento na área ocupada pelos indígenas - o que inequivocamente não há. Veja-se que mesmo as referências em que se funda o MPF trazidas na inicial (1:1, pg. 5) apontam de forma inequívoca que a área de influência "socioeconômica" - que, repita-se, é mera área de influência, e não "área diretamente afetada" - é a única que abrange concretamente a terra pretensamente indígena. Ora, esse levantamento "socioeconômico" procura identificar a área que, potencialmente, poderá vir a ser desenvolvida, por força da contratação de força de trabalho ou de fornecedores diretos, em razão das atividades inerentes à atividade portuária. Não se trata, portanto, de uma influência direta que reclame a consulta ou uma autorização especial.

Não bastasse isso, a própria convenção é clara em apontar que a consulta deve ser feita como forma de oportunizar a participação "na mesma medida que outros setores da população", o que certamente foi devidamente respeitado ao ser realizada a audiência pública prévia à concessão da licença ambiental.

A invocação das portarias interministeriais n.ºs 419/2011 e 60/2015 da IN FUNAI n.º 02/2015 também não socorrem ao MPF. A esse respeito, já se disse na decisão que apreciou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela que (13:1, grifei) "**(...) [a] invocação de atos normativos federais, pertinentes ao procedimento federal de licenciamento, não podem servir de base para o reconhecimento de verossimilhança jurídica em casos em que o licenciamento está sendo feito por órgão diverso - no caso, a Fatma (...)**". É que portarias e instruções normativas, diversamente de decretos - que têm força normativa concreta contra terceiros -, são atos de organização interna da administração pública, não sendo capazes de gerar direitos, obrigações ou sanções para outros que não os envolvidos em fazer que eles sejam executados. A própria Portaria Interministerial n.º 60/2015 inicia apontando estabelecer "(...) procedimentos administrativos que disciplinam a atuação da Fundação Nacional do Índio-FUNAI (...) nos processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA (...)". Seu cumprimento, por óbvio, pode orientar a conduta da FUNAI naqueles casos em que o licenciamento ambiental é feito junto a ente federado diverso, mas não pode, como quer o MPF, levar à invalidação desse licenciamento caso a FUNAI seja omissa em sua atuação, como parece ser o que aconteceu no

presente processo. Interpretação diversa leva precisamente ao cenário anterior à edição da LC n.º 140/2011, editada com o declarado objetivo de reduzir o tumulto constatado nos licenciamentos ambientais, coalhados que eram por discussões sobre a quem pertencia a atribuição de licenciar, sobre que entes poderiam ou deveriam intervir, sobre a vinculação ou não do licenciador ao apontado pelos órgãos intervenientes e pela sucessiva e progressiva inclusão de novas exigências antes mesmo da edição da licença prévia, tudo contribuindo para uma paralisia de análise dos pedidos de licenciamento, a frustração dos investimentos e criação de uma atmosfera de absoluta insegurança jurídica e fática que furtava dos entes federativos parte de sua autonomia.

Como já apontei na decisão de antecipação de tutela,

(...) os preceitos normativos que tratam da necessidade de consulta prévia têm por objetivo assegurar a participação da comunidade nas definições anteriores ao investimento ou desenvolvimento dos empreendimentos, o que somente começa a acontecer quando é concedida a licença de instalação e não a licença prévia. Como já referido, **a licença prévia é, na essência, um estudo da viabilidade ambiental para a elaboração dos projetos de instalação**, inclusive aqueles destinados às medidas a serem adotadas para mitigar os impactos ambientais, inclusive culturais, do empreendimento. Nada impede que, quando da preparação dos estudos para a obtenção da licença de instalação, constata-se a inviabilidade de mitigação em graus minimamente razoáveis para atender ao objetivo da norma de proteção e, por isso, que essa licença não seja concedida. Assim, invalidar a licença prévia teria como único efeito obstar a continuidade dos estudos, inclusive aqueles que darão elementos suficientes para se tomar uma decisão, administrativa ou judicial, a respeito da pertinência do projeto. (...)

A licença ambiental prévia expedida (34:5), ressalte-se, incluiu como um de seus condicionantes, a realização de estudo de impactos quanto ao componente indígena (34:5, pgs. 15/19, item 3.3), já considerando alguns desses impactos e a realização de medidas mitigadoras em todas as fases do empreendimento. Tal decisão do órgão ambiental estadual foi proferida após o silêncio da FUNAI, mesmo claramente provocada pelo empreendedor ainda em novembro de 2014 (34:6), estando provado que a autarquia federal recebeu o pedido e solicitou esclarecimentos no mês seguinte (34:7) e deixou de agir após a complementação de informações (34:8) enviada pelo empreendedor e recebida pela FUNAI em 26/01/2015. Ademais, o próprio órgão ambiental já solicitou a participação da FUNAI no estudo a ser realizado para a emissão da licença de instalação (11:2), ofício que, a crer no afirmado pela FUNAI em sua resposta, está afundado em algum recanto burocrático da instituição.

O que se tem, de tudo isso, é que, ainda que se tenha por necessário o estudo do componente indígena, tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo. A omissão, nesse caso, **não invalida** as licenças e, constatado que a licença de instalação **necessariamente será precedida** do estudo em questão - que contemplará, conforme previsto na licença prévia, participação das

comunidades indígenas -, não há razão para a procedência do pedido no que concerne ao ponto.

Reconhecida a validade da licença ambiental prévia - premissa na qual se fundou o segundo pedido do Ministério Público Federal -, não há razão para o acolhimento desse segundo pedido, inclusive porque, como já se viu acima, já há a previsão do estudo como medida prévia à instalação, o que conduziria até mesmo a uma ausência de interesse processual. Mesmo a omissão da FUNAI no caso, devidamente caracterizada que foi no presente feito, certamente será suprida por meio do atendimento das solicitações do empreendedor e do órgão ambiental estadual, solicitações essas que a FUNAI não pode mais afirmar desconhecer. A manutenção futura dessa omissão, diga-se, presuntivamente ilícita à vista dos fundamentos acima, somente poderia ser suprimida por meio de processo novo, com causas de pedir absolutamente diversas das aqui postas, quiçá com responsabilização do agente omissor.

Finalmente, é importante fazer uma observação sobre a exercício do direito de ação do Ministério Público Federal quanto a esse específico empreendimento. Foram propostas quatro ações até o presente momento - 5003773-22.2015.4.04.7201, 5007546-75.2015.404.7201, 5012980-45.2015.4.04.7201 e este feito -, todas específica e substancialmente dirigidas a, por causas de pedir diversas, impedir a implantação do empreendimento. Essa segmentação das ações se aproxima perigosamente de um abuso de direito, especialmente quando se constata que algumas das causas de pedir são muito próximas entre si - o presente feito e os autos 503773-22.2015.4.04.7201 e 5012980-45.2015.4.04.7201 questionam a validade das licenças prévias - e foram decorrentes de fatos igualmente próximos no tempo. Não há como, porém, reconhecer, como aparentemente sugere a resposta da TGB no presente caso, sem mais informações e elementos, a existência de uma "cruzada" tendente à caracterização de uma perseguição direta e, portanto, de uma má-fé, o que não impedirá que, em eventuais futuros processos, a questão seja revisitada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo improcedentes os pedidos.**

Deixo de condenar o MPF ao pagamento de custas e honorários, na forma do art. 18 da Lei n.º 7.347/1985, art. 18.

Inexistindo razões para infirmar as conclusões do juízo singular, não há reparos a serem feitos à sentença.

Com efeito, não há demonstração consistente de que o empreendimento em questão venha a interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, sendo insuficiente a alegação de que a inoportunidade de consulta a essas comunidades, por ocasião do respectivo processo de licenciamento, implicaria na sua nulidade.

Como consignado pelo juízo *a quo*, tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata

que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo.

Assim, o cerne da controvérsia restou exaustivamente enfrentado no processo, não merecendo acolhimento o apelo.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo retido e à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000073-87.2010.4.04.7015

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
APELANTE : ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S/A
ADVOGADO : LUIZ RODRIGUES WAMBIER
: PATRICIA YAMASAKI TEIXEIRA
APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE
: TRANSPORTES - DNIT
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
DATA DA DECISÃO : 01/02/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL COMO *CUSTO LEGIS*. DIREITOS INDÍGENAS. CONSTRUÇÃO DE LINHA FERROVIÁRIA EM TERRA INDÍGENA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. PREEXISTÊNCIA DE ACORDO JÁ CUMPRIDO. SEGURANÇA JURÍDICA.

1. É desnecessária a intervenção do Ministério Público Federal como fiscal da lei, quando já atua na condição de parte (art. 5º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85). Precedentes.

2. A pretensão à fixação de indenização encontra óbice na preexistência de acordo, entabulado entre a RFFSA e a Comunidade Indígena - com a assistência da FUNAI - que teve por escopo justamente ressarcir os indígenas pelos danos (materiais e morais) decorrentes da construção da via férrea e uso permanente da área, o qual restou devidamente cumprido.

3. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 231 e §§ da Constituição Federal, assentou o entendimento 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*,

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 (STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24/09/2009 PUBLIC 25/09/2009).

4. Ainda que fosse ainda que fosse admitido o caráter "ilícito" da instalação da ferrovia em terra indígena, a sucessora não responde pelos atos ilícitos praticados pela sucedida (art. 2º, inciso I, da Lei n.º 11.483/2007). Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 1120620/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 24/10/2012, DJe 29/10/2012 (na sistemática de recurso repetitivo).

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União e a ALL - América Latina Logística Malha Sul S/A., objetivando a condenação das rés a proceder à retirada definitiva da linha férrea instalada na Terra Indígena Queimadas, no Município de Ortigueira/PR, e pagar à comunidade indígena *Kaingang* indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de prestação ilegal e inadequada de serviço público de transporte ferroviário na localidade.

Após a inclusão da Fundação Nacional do Índio e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes na lide e a regular tramitação do feito, foi proferida sentença de parcial procedência da ação, nos seguintes termos:

Ante o exposto, e do mais que dos autos consta, nos termos da fundamentação, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, confirmando a liminar do ev. 46, **julgo parcialmente procedentes** os pedidos, extinguindo o processo com resolução de mérito, forte no art. 269, I do CPC, para o fim de:

- a) condenar a ALL na indenização por danos materiais aos índios Kaingang da TI Queimadas, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
 - b) condenar a ALL na indenização por danos morais aos índios Kaingang da TI Queimadas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
 - c) condenar o DNIT e a ALL na obrigação de instalação de cancelas e placas de sinalização [inclusive em linguagem kaingang] em toda extensão da linha férrea por questões de segurança, bem como de retirada da 'antiga vila' dos ferroviários e das ruínas da estação de embarque;
- Metade dos valores descritos nos itens 'a' e 'b', supra, deverá reverter em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos previstos nas Leis n. 7.797/89 e 7.347/85, e o restante deverá permanecer bloqueado até a

Comunidade Indígena estabelecer critérios para a correta utilização dos recursos a serem encaminhados à supervisão da FUNAI e do MPF.

Os juros e correção monetária deverão observar os parâmetros fixados na fundamentação.

Sucumbência recíproca em igual proporção.

Custas pro rata, das quais a parte autora e os entes públicos réus são isentos (art. 4º da Lei nº 9.289/96 e art. 18 da Lei nº 7.347/85).

Em sede de embargos de declaração, a decisão foi complementada, com a explicitação de que metade do valor da indenização por danos materiais e moral deverá ser revertida ao Fundo de Renda do Patrimônio Indígena, nos termos das Leis n.ºs 5.371/67 e 6.001/73 (e não ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos).

Irresignados, a União, o DNIT e a Concessionária ALL interpuseram apelações.

A União reiterou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, a qual é reforçada pela ausência de condenação em seu desfavor, e, subsidiariamente, defendeu a improcedência dos pedidos direcionados contra si.

O DNIT alegou que incumbe à Concessionária a conservação do bem objeto da concessão e, conseqüentemente, responder por eventuais ações que venham a ser movidas e envolvam a prestação do serviço público. Nesses termos, pugnou pela reforma da sentença, especialmente no ponto em que lhe impõe a obrigação concorrente de promover a sinalização da área.

A ALL sustentou que: (a) não pode ser responsabilizada por qualquer indenização devida à comunidade indígena, porque (a.1) a concessão implicou o mero repasse da operação da malha ferroviária à iniciativa privada, e não a privatização da RFFSA, e (a.2) a implantação da linha férrea em área indígena ocorreu em data anterior à outorga da concessão; (b) em 1986, foi celebrado um acordo entre a RFFSA e a comunidade indígena, em que a empresa estatal assumiu o compromisso de executar diversas benfeitorias no local, a título de pagamento pelo direito de uso da faixa de segurança da via férrea, sendo inviável o adimplemento de uma segunda indenização pelo mesmo fundamento; (c) somente a União pode ser responsabilizada por eventual indenização dessa natureza; (d) a estrada de ferro foi declarada de utilidade pública em 1972, iniciando-se, a seguir, sua construção, e a ação indenizatória foi proposta após já terem decorridos mais de 38 (trinta e oito) anos, consumando-se a prescrição vintenária, e (e) a sentença é *extra petita* na definição da indenização por danos materiais e morais, assim como na partilha do montante entre a comunidade indígena e o Fundo Público, seja pela não demonstração da ocorrência de dano, seja pela inexistência de pedido específico nesse sentido.

Apresentadas contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

A Concessionária ALL ingressou com medida cautelar incidental, para assegurar o bom funcionamento da via férrea, mediante a utilização de força policial e intervenção da FUNAI, por conta de danos que vinham ocorrendo na localidade.

Após decisão monocrática que recebeu a inicial como simples petição e deferiu parcialmente o pedido, a requerente interpôs agravo legal, que foi improvido pela Turma, em decisão assim ementada (n.º 5051027-60.2015.404.0000):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA RECEBIDA COMO PETIÇÃO. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A pretensão à determinação de emprego de força policial para conter/impedir a prática de futuros e incertos atos de vandalismo e furto por pessoas indeterminadas contra a linha férrea é insubsistente, porquanto é dever legal da Polícia atuar no combate e investigação de crimes e depredação de patrimônio público e privado, não havendo evidência nos autos de qualquer omissão nesse sentido.
2. É recomendável que os agentes da FUNAI gestionem junto à população indígena assentada nas proximidades a adoção de medidas que impeçam a prática de novos atos de depredação da ferrovia, locomotivas e saques das cargas transportadas pela ALL.
3. Agravo legal improvido.

Em nova petição, a Concessionária ALL pleiteou a ampliação da antecipação de tutela anteriormente concedida, com a determinação de (1) abstenção de qualquer ato atentatório ao exercício de sua posse, em toda a extensão da ferrovia, mediante a fixação de multa em desfavor de cada participante ativo eventualmente identificado e, na impossibilidade de tal individualização, em desfavor da Associação Comunitária Indígena Queimadas; (2) utilização de força policial, para impedir a prática de atos ilícitos ou atentatórios e proceder à desocupação da ferrovia, evitando nova ocupação pelos mesmos motivos, e (3) adoção pelo MPF e Funai de medidas de gestão junto à comunidade indígena, a fim de conter os movimentos atentatórios mencionados, sob pena de multa. Relatou a ocorrência de diversas ameaças e prática de atos depredatórios na ferrovia, nas composições férreas e cargas, e a omissão da Polícia Civil e da FUNAI, conforme registros policiais (evento 6).

O MPF peticionou requerendo vistas dos autos, para, na condição de fiscal da lei, exarar parecer (evento 7).

Encaminhados os autos ao MPF para manifestação acerca da cautelar interposta pela ALL, foi exarado parecer no sentido do desprovimento dos pedidos formulados na incidental (Evento 16-PET1).

É o relatório.

VOTO

I - É desnecessária a intervenção do Ministério Público Federal como fiscal da lei, quando já atua na condição de parte (art. 5º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85).

Nesse sentido, os julgados do e. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO COMO PARTE. INTERVENÇÃO COMO FISCAL DA LEI. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO DE MÉRITO AINDA NÃO JULGADA, EM ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...) IV. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que "**é desnecessária a intervenção do Ministério Público na qualidade de custos legis quando atua como parte na ação civil pública**" (STJ, AgRg no REsp 1.385.059/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2014). Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.417.765/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe de 26/06/2015; STJ, AgRg no REsp 1.342.655/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 11/05/2015. (...) (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 698.557/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 13/09/2016, DJe 27/09/2016- grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. PROVA. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO LEVADA A EFEITO PELA ORIGEM. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE ATO DEGRADADOR AO MEIO AMBIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 7/STJ. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AFASTAMENTO. NÃO HÁ NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MPF QUANDO FIGURA COMO PARTE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CURSO DA QUAL ELE PRÓPRIO INTERPÕE RECURSO ESPECIAL. PRECEDENTES, INCLUSIVE DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1348069/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E RECURSO ESPECIAL POR ELE INTERPOSTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO GERAL DE METAS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. CONCEITO DE LOCALIDADE PARA EFEITOS DO PLANO DE

EXPANSÃO. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS INATACADOS. SÚMULA 283/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 7/STJ. 1. É desnecessária a intervenção do Ministério Público na qualidade de custos legis quando atua como parte na ação civil pública. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes. 2. A argumentação do recurso especial não atacou fundamento autônomo e suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, qual seja, o não atendimento ao requisito "domicílios permanentes" e a inviabilidade de intervenção do Poder Judiciário no plano de metas para expansão da telefonia. Incide, no ponto, a Súmula 283/STF. 3. O Tribunal de origem considerou o conjunto fático-probatório dos autos, mormente a análise de dados do IBGE e fotos aéreas relativos à comunidade Macaé de Cima, para concluir pelo não atendimento dos requisitos "adjacência e permanência" dos domicílios, segundo o conceito de "localidade" do Decreto 7.512/2011. Entendimento diverso demandaria o revolvimento da matéria fática-probatória, inviável em sede de recurso especial, conforme enunciado da súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.385.059/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, j. 04/09/2014 DJe de 11/09/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRÉVIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE. PRECEDENTES DO STJ. 1. São pré-requisitos autorizadores dos embargos de declaração a omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de erro material e para fim de prequestionamento. 2. É desnecessária a intervenção do Ministério Público na qualidade de custos legis quando atua como parte na ação civil pública. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes. 3. Contudo, com a finalidade específica de evitar não sejam conhecidos eventuais recursos a serem manejados nas instâncias superiores, explicita-se que o acórdão vergastado não violou os dispositivos legais mencionados nos embargos. (TRF4, 4ª Turma, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL nº 5002472-07.2010.404.7204, Rel. Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 01/06/2015)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO SEGUNDO GRAU. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CÓDIGO FLORESTAL (LEI Nº 4.771/65). DEVER DE RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. INDENIZAÇÃO. DEMOLIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. - Conquanto exerça o Ministério Público fundamental atuação na tutela de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, como parte não lhe pode ser assegurado tratamento assimétrico em relação aos demais demandantes. - Figurando como autor e apelante em ação civil pública, não tem o Ministério Público direito a manifestação suplementar no segundo grau de jurisdição, pois isso implicaria tratamento diferenciado em relação ao réu. Inteligência do artigo 5º da Lei 7.347/85. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Tendo sido devidamente intimado o Ministério Público para a sessão de julgamento, não se cogita de nulidade por ausência de vista prévia dos autos, os quais, ademais, são eletrônicos, estando disponíveis a todos aqueles que neles atuam. (...) (TRF4, 3ª Turma, AC

5002347-32.2012.404.7216, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 10/08/2016)

Deste último aresto, transcrevo excerto, adotando-o como razões de decidir:

A sentença recorrida foi publicada anteriormente a 18/03/2016. Assim, à apelação são exigidos os requisitos de admissibilidade previstos no CPC/1973, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do STJ (Enunciados administrativos n^{os} 2 e 3 do STJ).

Preliminarmente impõe-se a apreciação do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática do evento 5.

Questiona o Ministério Público Federal decisão do Relator que indeferiu pedido de vista dos autos para manifestação no segundo grau de jurisdição.

A decisão questionada tem o seguinte teor:

A unicidade do Ministério Público está consagrada na Constituição Federal (art. 127, § 1º, da CF) e em sua Lei Orgânica Nacional (art. 1º, 'caput', da Lei 8.625/1993).

O Ministério Público Federal é autor e apelante no presente processo, e **foi devidamente intimado para a sessão de julgamento**, na qual, como sempre acontece, haverá participação de Procurador-Regional da República, e, ademais, **os autos são eletrônicos, estando disponíveis a todos aqueles que neles atuam.**

Conquanto constitua o Ministério Público instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com papel relevantíssimo na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, **quando figura como autor em ações civis públicas não lhe pode ser assegurada manifestação suplementar em segundo grau de jurisdição, pois isso implicaria tratamento diferenciado em relação à parte contrária, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa. A prévia e regular intimação para a sessão de julgamento é suficiente.**

Nesse sentido, a propósito, a Lei 7.347/85 estabelece:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)

I - o Ministério Público;

...

§ 1º **O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.**

...

Assim, atuando o Ministério Público como parte, não há necessidade de intimação para nova manifestação em segundo grau antes da sessão de julgamento.

Em apoio ao que foi expostos os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E RECURSO ESPECIAL POR ELE INTERPOSTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO GERAL DE METAS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. CONCEITO DE LOCALIDADE PARA EFEITOS DO PLANO DE EXPANSÃO. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS INATACADOS. SÚMULA 283/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 7/STJ. 1. É desnecessária a intervenção do ministério público na qualidade de custos legis quando atua como parte na ação civil pública. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes. 2. A argumentação do recurso especial não atacou fundamento autônomo e suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, qual seja, o não atendimento ao requisito 'domicílios permanentes' e a inviabilidade de intervenção do Poder Judiciário no plano de metas para expansão da telefonia. Incide, no ponto, a Súmula 283/STF. 3. O Tribunal de origem considerou o conjunto fático-probatório dos autos, mormente a análise de dados do IBGE e fotos aéreas relativos à comunidade Macaé de Cima, para concluir pelo não atendimento dos requisitos 'adjacência e permanência' dos domicílios, segundo o conceito de 'localidade' do Decreto 7.512/2011. Entendimento diverso demandaria o revolvimento da matéria fática-probatória, inviável em sede de recurso especial, conforme enunciado da súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 04/09/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA)

ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO - POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA - ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS - SÚMULA 7/STJ. 1. Sendo o ministério público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o ministério público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. 2. Ademais, a ausência de intimação do ministério público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio pas de nullités sans grief. 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. 4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não

há dolo ou culpa grave. 5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ. 6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido. (REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRÉVIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE. PRECEDENTES DO STJ. 1. São pré-requisitos autorizadores dos embargos de declaração a omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de erro material e para fim de prequestionamento. 2. **É desnecessária a intervenção do ministério público na qualidade de custos legis quando atua como parte na ação civil pública. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85.** Precedentes. 3. Contudo, com a finalidade específica de evitar não sejam conhecidos eventuais recursos a serem manejados nas instâncias superiores, explicita-se que o acórdão vergastado não violou os dispositivos legais mencionados nos embargos. (TRF4, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 5002472-07.2010.404.7204, 4ª TURMA, Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 01/06/2015)

Ante o exposto, indefiro o pedido de adiamento.

Não vejo motivos para reconsideração.

Tratando-se o Ministério Público Federal de parte, ainda que revestida de respeitável status constitucional, não se justifica pretensa atuação como custos legis, certo que isso implicará assimetria na relação processual. Ademais, atuando como parte, para todos os efeitos está oficiando no feito, inclusive para os fins do artigo 178 do CPC.

A invocação do artigo 18, inciso II, alínea "h" da Lei Complementar 75/93, por outro lado, não guarda pertinência com o tema, na medida em que **o Ministério Público Federal foi intimado pessoalmente para a sessão, mesmo porque se trata de processo eletrônico.**

Tenho, assim, que a decisão questionada deve ser confirmada, na linha, a propósito, de recente precedente desta Turma:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR E COMO CUSTOS LEGIS. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO JULGAMENTO.

- Conquanto exerça o Ministério Público fundamental atuação na tutela de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, como parte não lhe

pode ser assegurada manifestação suplementar em segundo grau de jurisdição, pois isso implicaria tratamento diferenciado em relação ao réu.

- Figurando como autor e apelante em ação civil pública, não tem o Ministério Público direito a manifestação suplementar no segundo grau de jurisdição, pois isso implicaria tratamento diferenciado em relação ao réu. Inteligência do artigo 5º da Lei 7.347/85. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Tendo sido devidamente intimado o Ministério Público para a sessão de julgamento, na qual participou regularmente Procurador-Regional da República, não se cogita de nulidade por ausência de vista prévia dos autos, os quais, ademais, são eletrônicos, estando disponíveis a todos aqueles que neles atuam.

(TRF4, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 5023517-55.2014.404.7001, 3ª TURMA, Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 15/07/2016)

(...) (grifei)

II - Ao analisar os pedidos formulados na inicial, o juízo a quo manifestou-se nos seguintes termos:

II. FUNDAMENTAÇÃO

Oportunamente, observo que o feito foi processado com observância do contraditório e da ampla defesa, inexistindo situação que possa levar prejuízo ao princípio do devido processo legal. Os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual se fazem presentes, uma vez considerada a efetividade processual que privilegia o substrato material.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em virtude de 'negativas interferências socioculturais do funcionamento da linha férrea denominada Apucarana-Ponta Grossa sobre os Kaingang da TI Queimadas, no município de Ortigueira/PR, fato gerador de inúmeros conflitos, desentendimentos e acidentes'.

O bem jurídico que se pretende tutelar com a presente ação é de forte contorno ambiental. Com efeito, o conceito de meio ambiente consagrado no direito brasileiro é amplo (art. 3º, inciso I da Lei 6.938/81), envolvendo o meio ambiente natural, que inclui os chamados recursos naturais, integrantes da biota, e o meio ambiente cultural ou artificial, que inclui outros valores, como estéticos, históricos, turísticos e culturais, que, como dispõe a lei 'permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas'.

Sendo assim, as características culturais indígenas constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, artigos 215 e 216), estando inseridos no denominado Meio Ambiente Cultural. Na lição de Celso Fiorillo: 'os bens de natureza material e imaterial, vinculados à cultura indígena são efetivamente BENS AMBIENTAIS que devem observar as características do meio ambiente cultural específico, cumprindo, todavia, todos os princípios fundamentais indicados pela nossa Constituição Federal (art.1º a 4º da CF)' (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Meio Ambiente Cultural, Terras Tradicionalmente ocupadas pelos índios e o usufruto constitucional dos recursos ambientais: o

usufruto ambiental. In: Revista Brasileira de Direito Ambiental. Ano 5, Vo.1. 17, jan/mar 2009, p.95-101).

A fixação dessas premissas é importante para a análise das alegações das partes, notadamente das objeções processuais. Assim, passo ao exame das questões, não necessariamente na ordem articulada na inicial.

II.1) Das preliminares

II.1.1) Ilegitimidade passiva 'ad causam' da ALL e da União

Conforme já fundamentado na decisão do ev. 103, a questão da (i) legitimidade passiva da União se confunde com o mérito e lá será analisada, o mesmo se podendo dizer em relação à (i) legitimidade da ALL.

II.1.2) Falta de interesse processual - transação efetuada pelas partes (protocolo de intenções)

De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Destarte, para que o Judiciário possa intervir é necessário haja alguma lesão ou, ao menos, ameaça de lesão a um direito.

Em termos processuais, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, nos termos do artigo 3º do Código de Processo Civil.

O interesse processual é formado pela necessidade de se socorrer do Judiciário para reparar uma ilegalidade e pela adequação da via processual eleita, o que conduz à utilidade do provimento jurisdicional.

A CF, em seu art. 129, III, afirma ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No mesmo sentido, a lei 7.347/85, em seu artigo 1º, afirma que a ação civil pública é instrumento adequado para a proteção do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e outros interesses difusos (incisos I, III e IV), tendo como um dos legitimados o Ministério Público (art. 5º, I).

No caso dos autos, em 29/08/1986, houve, de fato, a celebração de um protocolo de intenções e um termo aditivo, entre a Comunidade Indígena Queimadas e a RFFSA (ev. 41, OUT5, pg. 32/34), cujos pontos acertados aparentemente foram cumpridos (ev. 41, OUT5, pg. 36/40).

Ocorre que **tal protocolo visou contornar uma situação específica, já que os indígenas estavam protestando contra acidentes ocorridos e vinham obstruindo a passagem dos trens.** No entanto, percebe-se que **esse protocolo foi insuficiente para fazer as devidas correções e reparações, não aplacando as reivindicações dos silvícolas.**

Com efeito, a inicial relata a ocorrência de acidentes ocorridos posteriormente à celebração de dito protocolo, assim como foram formuladas reivindicações após à indigitada pactuação, as quais pretendiam o pagamento

de R\$ 180.000,00, por ano, pela passagem da estrada de ferro no interior da terra indígena, o que foi recusado (ev. 41, OUT 5, pg.41/49).

A antropóloga do MPF, Luciana Maria Moura Ramos, ouvida como informante, prestou esclarecimentos importantes sobre a situação:

J:- A senhora já presenciou ou ouviu falar de tratativas ou de tenha havido algum acordo entre os indígenas e a ALL, como inclusive é alegado nos autos?

I:- Parece que sim, em um primeiro momento não sei se com a ALL, mas **houve um acordo que foi feito com bases não sei exatamente em que, nem se foi doado alguma coisa, não foi feita uma análise, como é o procedimento padrão, de fazer uma avaliação de restrição de uso mesmo.** Quer dizer, o que eles deixam de fato de usufruir, nem teve um acompanhamento da FUNAI ao que me parece, não teve acompanhamento das instituições que deveriam estar presentes. Além desses casos, nos casos de acidente me parece também que sempre houve, por iniciativa da própria ALL, de ir lá e dar alguma coisa, um caminhão, coisas dessa ordem, não uma indenização propriamente dita, nada muito formal ou coisa assim.

...

M:- Ainda sobre esse protocolo de intenções, no seu laudo em que você fez a nota antropológica, você verificou que esse protocolo previa a construção para a comunidade indígena de um ambulatório médico, de um pátio para secagem de grãos, um depósito para serragem de madeira, três pequenas represas para criação de peixes, abertura de uma pequena estrada com extensão de oito quilômetros ligando a aldeia ao ponto atrás da estação. Essas benfeitorias de fato constam na terra indígena?

I:- **Existem algumas benfeitorias, mas eu não poderia afirmar que foram da ALL, por exemplo, provavelmente o posto de saúde deve ter sido pelo Governo Federal através da Funasa ou das instituições. Eles têm uma produção lá junto com a missão, mas eu não teria condições de afirmar o que foi feito pela ALL ou a RFFSA, como ele disse que foi feito no protocolo de intenções, e o que não, mas existem algumas estruturas sim dentro dessa terra indígena, mas eu não lembro,** até peço desculpas, eu não voltei na nota porque estava em viagem e vim do aeroporto para cá e não tive tempo de voltar na nota e ter os elementos todos que na época foram averiguados para serem inseridos na nota.

M:- **A senhora tem conhecimento de que houve pagamento de algum tipo de indenização em pecúnia para a comunidade?**

I:- **Desconheço.**

Destarte, observe-se que não houve um trabalho investigativo dos reais prejuízos experimentados pela Comunidade Indígena em cotejo com o impacto do empreendimento ferroviário, não tendo sido estabelecido quais os prejuízos que estavam sendo cobertos ou indenizados e, sobretudo, não se contemplou as gerações futuras. Ademais, não houve qualquer entendimento sobre a questão da segurança e prevenção de acidentes na T.I. Queimadas.

Logo, reconhece-se a legitimidade e o interesse do Ministério Público na defesa do interesse coletivo e do meio ambiente, apesar do protocolo de intenções, pois há a necessidade de intervenção judicial para eventual correção de ilegalidade e, se for o caso, a concessão das devidas reparações.

Mutatis mutandis, confira-se:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEIS N. 8.625/93 E N. 7.347/83 - DANO AMBIENTAL - CERAMISTAS - EXTRAÇÃO DE BARRO - ALVARÁ - LICENCIAMENTO - PROJETO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO NO IBAMA - INTERESSE DO MP NO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE DANO AMBIENTAL E SUA EXTENSÃO - POSSIBILIDADE.

1 - É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do parquet.

2 - A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista in satus assertionis, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial ('teoria da asserção').

3 - Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (IBAMA) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo algum para o exercício da jurisdição.

4 - Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, ainda que conclua contrariamente ao interesse do recorrente. Recurso especial provido em parte, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito. (STJ, Resp 265300/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., DJ 02/10/2006 p. 247 - destaquei)

Portanto, afasto a preliminar.

II.2) Prejudicial do mérito: prescrição

Havendo, entre outros, pedidos reparatórios de danos (materiais e morais) ao meio ambiente, envolvendo direitos coletivos e intergeracionais, e não apenas direitos individuais reflexos ou somente dos indígenas acidentados, entendo que a pretensão não se sujeita a prazo prescricional. Sobre o tema, pertinente a lição de Hugo Nigro Mazzili:

Em questões transindividuais que envolvam direitos fundamentais da coletividade, é impróprio invocar as regras de prescrição próprias do Direito Privado. O direito de todos a um meio ambiente sadio não é patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório; o valor da eventual indenização não reverte para o patrimônio dos lesados nem do Estado: será destinado ao fundo de que cuida o art. 13 da LACP, para ser utilizado na reparação direta do dano. Tratando-se de direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição, pois uma geração não pode impor às seguintes o eterno ônus de suportar a prática de comportamentos que podem destruir o próprio habitat do ser humano.

Também a atividade degradadora contínua não se sujeita a prescrição: a permanência da causação do dano também elide a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente.

Em matéria ambiental, de ordem pública, por um lado, pode o legislador dar novo tratamento jurídico a efeitos que ainda não se produziram; de outro

lado, o Poder Judiciário pode coibir as violações a qualquer tempo. A consciência jurídica indica que não existe o direito adquirido de degradar a natureza. É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado. A luta por um meio ambiente hígido é um metadireito, suposto que antecede à própria ordem constitucional. O direito ao meio ambiente hígido é indisponível e imprescritível, embora seja patrimonialmente aferível para fim de indenização. (in A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo, 19ª ed., rev. e ampli. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 573-574).

Ainda que assim não fosse, incide à hipótese o § 4º do art. 231 da CF, segundo o qual: As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Portanto, há imprescritibilidade constitucional em relação a direitos envolvendo as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, razão pela qual afastou a prejudicial.

II.3) Mérito

Com relação às terras indígenas, a Constituição Federal de 1967 prescrevia:

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

...

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;'

'Art. 8º - Compete à União:

...

XVII - legislar sobre:

...

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;'

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

Com a Emenda Constitucional 1969, houve a inserção de novo artigo tratando do assunto:

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

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

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.'

A Constituição Federal de 1988 prevê:

'Art. 20. São bens da União:

...

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.'

'Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XIV - populações indígenas;'

'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.'

Por sua vez, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) estabelece:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

...

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

- I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;
- II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
- III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

[...]

d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Já a Convenção nº 169 da OIT estabelece:

PARTE I - POLÍTICA GERAL

...

ARTIGO 5º

Na aplicação das disposições da presente Convenção:

- a) os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais desses povos deverão ser reconhecidos e a natureza dos problemas que enfrentam, como grupo ou como indivíduo, deverá ser devidamente tomada em consideração;
- b) a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos deverá ser respeitada;
- c) Políticas para mitigar as dificuldades enfrentadas por esses povos, diante das novas condições de vida e trabalho, deverão ser adotadas;

ARTIGO 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;

c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

ARTIGO 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

PARTE II - TERRAS

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo 'terras' nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

ARTIGO 15

1. O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos.

2. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os

governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades.

Registre-se que a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 169, promulgada pelo Decreto Nº 5.051, de 19 de abril de 2004, é um tratado internacional de direitos humanos e, nessa medida, assume um papel de destaque no ordenamento jurídico interno no tocante à hierarquia normativa, na medida em que o STF, a partir de 2008, na conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349.703 e 466.343 e do Habeas Corpus (HC) 87585, passou a reconhecer que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, anteriores à EC n. 45/2004, possuem força supralegal, já que os posteriores a EC n. 45/2004, passam a ter status de emenda constitucional, desde que aprovados com o quorum exigido para aprovação deste tipo de ato normativo.

No tocante à exploração do transporte ferroviário, a CF/88 estabelece:

Art. 21. Compete à União:

...

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

...

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

...

XI - trânsito e transporte;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Por sua vez, o Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996, que regulamenta os transportes ferroviários, dispõe:

Art. 3º A desativação ou erradicação de trechos Ferroviários integrantes do Subsistema Ferroviário Federal, comprovadamente antieconômicos e verificado o atendimento da demanda por outra modalidade de transporte, dependerá de prévia e expressa autorização do Poder Executivo Federal.

§ 1º A abertura ao tráfego de qualquer trecho ferroviário dependerá de prévia e expressa autorização do Poder Concedente.

§ 2º A Administração Ferroviária poderá autorizar, mediante prévio conhecimento do Poder Concedente, a construção e o uso de desvios e ramais particulares.

II.3.1) Da declaração de nulidade absoluta da construção da linha férrea e da manutenção da prestação do transporte ferroviário no interior da TI Queimadas; da retirada definitiva da linha férrea; da desativação do 'ponto de desvio' ou 'pátio de cruzamento'

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens de uso especial, destinados às atividades-fim do Estado, que, no caso, decorre de um dever imposto à União pela própria Constituição. Embora não se enquadrem no conceito do artigo 99, II, do Código Civil, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme o §4º do artigo 231 da Constituição, permite incluí-las nessa categoria de bens.

Esse é o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro que enquadra as terras indígenas como bens de uso especial, eis que afetados à realização de um serviço público, no sentido mais amplo do conceito.

Assim, constitui bem de uso especial aquele que, embora não seja utilizado diretamente pela Administração Pública, abrange uma função de interesse geral, exercida sob a autoridade ou fiscalização do Poder Público, mas para usufruto particular. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2009, 22ª ed., pp. 671-672).

Como já decidiu o STF: '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 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-1996, Primeira Turma, DJ de 14-2-1997.)

Logo, as terras em questão visam assegurar, sob a proteção da União, a preservação física dos índios, de suas crenças, costumes, língua, enfim, de seu patrimônio cultural.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal interpretando o art. 231 e §§ da CF/88 também fixou orientação, 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, 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.' (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.)- sem destaque no original.

No caso em testilha, verifica-se que o Decreto Estadual nº 2.172/72 não desapropriou as terras indígenas, até porque não poderia, uma vez que elas pertenciam (art. 4º, IV, da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969) e pertencem à União (art. 20, XI, CF/88).

Nada obstante, a obra foi executada, **sem a prévia intervenção da União mediante o decreto do Presidente da República, conforme exigia o art. 20, 'caput', da Lei 6.001/73**, mediante convênio entre os Governos Federal e Estadual e, após sua conclusão, entregue à Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA).

Observa-se também que não houve assistência direta da FUNAI e/ou SPI, nem consulta à comunidade indígena afetada, vulnerando o direito à informação e à participação dos indígenas. Embora esses direitos tenham sido mais densificados, posteriormente à construção da linha ferra, com a CF/88 (art. 231, § 3º) e com a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 169 (art.6º), o Estatuto do Índio (L. 6001/73, art. 2º, VII) já previa o direito de participação dos povos indígenas na elaboração e execução de políticas públicas a eles destinadas.

Contudo, não há como se desprezar que o princípio da legalidade deve ser conjugado, sistematicamente, com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Nesse sentido, ao tratar da anulação dos atos administrativos, o jurista gaúcho Juarez Freitas leciona que:

'O problema da anulação do ato administrativo, especialmente, o gerador de direitos, apresenta-se dominado, no mais das vezes, por dois princípios aparentemente antagônicos. De um lado, o princípio da legalidade que reclama a anulação dos atos viciados. De outro, e em contraposição de superfície, localizam-se o princípio da proteção da confiança, que exige a consideração da boa-fé do destinatário do ato concessivo de direitos e advoga a estabilidade do ato decretado pela autoridade pública, determinando sua convalidação. Destarte, parece claro (...) que o princípio da confiança ou da boa-fé estatui o poder-dever, em casos de longo curso temporal, de não anular, senão que de sanar ou convalidar determinados atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo da própria estabilidade das relações jurídica'. (...) b) a respeitabilidade do princípio da boa-fé, do princípio da segurança jurídica e a relativização do princípio da legalidade, conjugadamente, implicam a fixação de limites substanciais à cogência da anulação dos atos administrativos, tanto à Administração quanto ao Poder Judiciário; (...) os atos administrativos, uma vez incontestável a boa-fé do administrado, devem ser anulados excepcionalmente com efeitos atenuados, quando da passagem de um médio lapso temporal, a critério da prudência pretoriana, sem que se trate de convalidação parcial' (FREITAS. Juarez. A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa-fé. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, n. 2, ano XI, fevereiro de 1995, p. 97).

Registre-se ser inegável a importância da linha férrea APUCARANA - PONTA-GROSSA, principal ligação ferroviária entre o norte do Estado do

Paraná e o Porto de Paranaguá, **que vem sendo utilizada há quatro décadas**, constituindo-se em corredor de exportação da safra de grãos produzidos nessa região do Estado, cuja eventual interrupção ou eliminação do trecho ferroviário causaria danos irreparáveis à logística de transportes do país, já que toda carga transportada por essa ferrovia seria deslocada para o transporte rodoviário, o qual como é sabido já se encontra no seu limite de utilização.

Portanto, em que pese a situação nascida em confronto com as regras jurídicas indicadas (Lei 6.001/73 - art. 2º, VII e art. 20, 'caput'), considerando o decurso do tempo (**04 décadas**) e a necessidade de estabilidade das relações sociais, o princípio da legalidade estrita, no caso dos autos, deve ceder diante dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança dos administrados/usuários que se utilizam do serviço público do transporte ferroviário e da concessionária que o explora.

Destarte, a questão é menos de anulação do que de convalidação do ato administrativo, razão pela qual **não merece guarida o pedido para** 'declarar a nulidade absoluta da construção da linha férrea e da manutenção da prestação do transporte ferroviário no interior da TI Queimadas, em Ortigueira/PR'.

Noutra quadra, de acordo com as provas produzidas nos autos, verifica-se a inviabilidade técnico-econômica e ambiental de se retirar e/ou desviar a linha férrea do interior da T.I. Queimadas, assim como de desativar o 'ponto de desvio' ou 'pátio de cruzamento', sob pena de comprometimento do próprio funcionamento logístico da linha férrea Ponta Grossa-Apucarana.

Nesse sentido, foi o teor dos depoimentos das testemunhas arroladas pelos réus (termo de transcrição do ev. 238):

TESTEMUNHA: MARCO AURÉLIO ASSINELLI HASSELMANN

ALL - Excelência, se ele poderia... se a testemunha poderia afirmar com relação a que tipo de trabalho prestou na época da construção do ponto de desvio que é o debate central da ação movida pelo Ministério Público, se ele tem conhecimento, se ele pode especificar mais ou menos o que ocorreu?

Depoente - Bom, eu trabalho com ferrovia desde 1981 é... ingressei na rede ferroviária em 83, trabalhei nesse trecho que é o trecho de Ponta Grossa até Apucarana, desde 1985 até 1995. É... fui responsável pela manutenção da linha férrea durante esse período, naquele local, no município de Ortigueira, né? Na estação ali que nós chamamos de Ortigueira é... então eu tenho conhecimento desse trecho que é um trecho ferroviário importante para circulação das cargas do Paraná e do sul do país.

ALL - Se poderia especificar a testemunha, em que data foi construída a... esse ponto de desvio e o órgão responsável na época pela construção, pelo desenvolvimento do projeto?

Depoente - A ferrovia, ela foi construída, ela foi concluída é... eu acredito que na época... em 1975. E esse desvio é um desvio de cruzamento que também deve ser datado da mesma época. Dessa mesma época, 1975, foi a inauguração da ferrovia.

...

DNIT - Pelo DNIT. Há viabilidade técnica para se fazer um desvio desse local, vamos dizer, construir uma variante, qual seria o custo disso? Tem noção?

Depoente - É... não. Eu, eu acredito que uma variante ali não seja algo muito barato pela dificuldade do terreno, né? O terreno é bastante acidentado naquela região, tem volume de corte e aterro muito alto, deve atravessar algumas regiões de APP's, né? De preservação permanente e, hoje, uma variante ali, eu não poderia te precisar quantos quilômetros, mas com certeza deve custar mais de dez mil reais um quilômetro ali naquela região.

DNIT - Obrigado.

Juiz Federal - Doutor, alguma pergunta para fazer?

Depoente - É dez milhões. Corrigindo, dez milhões o quilômetro.

TESTEMUNHA: GERALDO JOSÉ SIGWALT RAMIRES

DNIT - É... existe viabilidade técnica e qual seria o custo para fazer um desvio dessa área, dentro da área indígena, vamos dizer, para retirar a ferrovia de dentro da área indígena?

Depoente - Tá. **Primeiro, para saber se existe ou não viabilidade técnica, é necessário se fazer, primeiro, um estudo de viabilidade técnica e econômica. Então, sem esse estudo não é possível responder se existe viabilidade técnica ou não. Quanto ao custo, também, isso é muito variável, é impossível chegar e dizer um número agora, porque vai depender do traçado que vai ser encontrado, qual a solução de traçado. Se ele tiver muitos túneis, muitas obras de áreas especiais vão encarecendo cada vez mais. Você achar um traçado alternativo, hoje, para uma ferrovia é muito difícil. Porque a ferrovia ela é muito diferente de uma rodovia, a ferrovia, ela não admite grandes rampas, aclives ou declives, no máximo, dois, três por cento. Então, para você achar uma alternativa, às vezes você tem que começar a fugir demais daquele traçado antigo. Vocês têm que... né? Pode até acarretar um desvio de centenas de quilômetros para fugir de um traçado de 10 quilômetros, por exemplo, isso acontece. Então eu não tenho como dizer o valor hoje, mas eu posso dizer que seria extremamente trabalhoso você partir do zero com estudo de viabilidade técnica, depois você contratar um projeto e depois a execução, isso aí levaria, no mínimo, seis anos com certeza.**

Juiz Federal - E a região ali é uma região montanhosa?

Depoente - **É uma região montanhosa.**

DNIT - Sabe me dizer se a FUNAI, alguma vez, notificou o DNIT sobre acidentes que tenham ocorrido nesse trecho?

Depoente - Não. Pelo menos para mim, nunca chegou uma notificação nesse sentido.

DNIT - Vamos dizer, uma opinião sua, qual a importância econômica dessa linha que liga, vamos dizer, a parte central, né, da ferrovia no Paraná?

Depoente - **Essa ferrovia, essa linha, ela é o trecho da ferrovia mais importante, acho que do sul do país, em termos de tráfego de grãos. Ele é o tronco principal desse transporte. Porque ele liga o norte do Paraná, que é um grande produtor de grãos, com o porto de Paranaguá. Eu trabalhei nessa linha fazendo restauração, não nesse trecho, um pouquinho mais próximo de Curitiba, ali entre a Reserva e Ipiranga, quer dizer, relativamente próximo, acho que dá uns cem quilômetros desse trecho. E era muito difícil, inclusive, a gente conseguir um intervalo para trabalhar, devido a quantidade de composições que passavam. Isso na época da rede ferroviária. Hoje eu acredito até que o transporte seja maior do que naquela época. Então eu posso dizer, sem**

dúvida nenhuma, que o trecho mais importante da ferrovia no Paraná e no sul do país.

DNIT - Obrigado.

....

FUNAI - O senhor tem conhecimento que a grande queixa dos índios naquele local diz respeito a permanência exagerada, o longo tempo que permanece, dentro da área indígena, as composições da ALL, que impede a circulação dos índios por toda a área?

Depoente - Essa permanência deve ser parte de manobra. Porque é o único lugar onde trem pode parar com segurança. Isso é necessário porque as nossas linhas não permitem que duas composições andem ao mesmo tempo entre duas estações. É necessário que primeiro passe uma composição para dar o 'pode', para liberar a passagem de outra. Então, é muito difícil você dizer que a permanência é exagerada ou não. Ela é uma permanência necessária para a operação da ferrovia.

FUNAI - Entre esse trecho ali de Mauá da Serra - Ponta Grossa, só existe esse ponto dentro da área indígena? De permanência de locomotiva?

Depoente - Não, são vários pátios que existem, você precisa ter partes a cada vinte, trinta quilômetros, para poder operacionalizar, né, uma ferrovia. Se você começar a diminuir a quantidade de pátios, você vai deixando a ferrovia mais lenta. Porque os outros pátios vão ter que esperar mais tempo para que uma composição passe para dar condições para outra composição utilizar o mesmo trecho. Por isso que existe essa necessidade de se colocar pátios a cada vinte, trinta quilômetros. É uma questão de operação.

....

MPF - Excelência, apenas um esclarecimento, apenas repetindo, o depoente ressaltou a importância econômica da ferrovia e a ferrovia passa num trecho da reserva, mas nesse trecho tem esse ponto de desvio. Esse ponto de desvio, não o trecho em si, mas o ponto de desvio não teria viabilidade de ser deslocado para uma outra área próxima, mas não dentro da reserva?

Depoente - É. Teria que ver o que é essa próxima. Se você começar a deslocar muito o pátio, ele perde a finalidade. Fica mais fácil você eliminar o pátio simplesmente.

MPF - O senhor saber da existência, como estudo, nesse sentido, de verificar a possibilidade de se deslocar apenas o ponto de desvio? Ou esse estudo não foi realizado?

Depoente - Esse estudo não foi realizado pelo DNIT.

TESTEMUNHA: SÉRGIO AUGUSTO FERNANDES

DNIT - É... Sérgio, pelo que tu entende, há viabilidade técnica para se fazer um desvio desta área, vamos dizer, dessa ferrovia dentro da área indígena, construir, vamos dizer, fora dela e qual seria o custo?

Depoente - Olha, até onde eu conheço lá o trecho, eu acho que seria muito difícil tirá-lo ali, né? Do lado existe aquela reserva, aquela área de preservação, e por outro lado tem a rodovia. Então eu entendo... se ela está passando lá, na época do projeto, já foi um local, o ponto mais conveniente para passar, né? Eu acho que seria... teria um custo alto, eu não tenho ideia, mas seria muito difícil tirar ela de lá.

...

ALL - Se ele pode precisar o grau de importância do referido desvio, na operação ferroviária, é... da atualmente administrada pela ALL?

Depoente - Bom, eu diria o seguinte, aquele corredor é o mais importante em bitola métrica, então, isso engloba a região sul e uma parte de São Paulo, ele é o mais importante, em operação, em volume de cargas, para ALL e para a União. Para a sociedade. Se você tentar mudar aquele ponto ali de cruzamento, vai afetar a operação, não é totalmente inviável, mas que vai afetar vai. Porque você vai aumentar a distância para um dos lados. Essa distância vai influir em mais tempo de espera de um trem parado ali, para que um outro chegue e cruze para que essa que estava parada nessa composição, parada, possa avançar.

ALL - E se a testemunha pode precisar mais ou menos o custo que seria para fazer esse deslocamento de linha?

Depoente - Para deslocar o pátio lá? Também é difícil de avaliar, porque aquele pátio está lá por condições topográficas, pela... pelo relevo ali da região. Não tenho ideia, provavelmente, vai envolver muita terraplanagem, vai ter muita obra para deslocar ele de lá. Eu não saberia, assim, te dizer um custo.

Importa observar que de um lado da terra indígena há a Rodovia do Café e de outro uma Área Ambiental de Preservação Permanente (v. Plano Agropecuário e Ambiental da Terra Indígena Queimadas - ev. 154, OUT2).

Ressalte-se, ainda, a necessidade dos maquinistas fazerem os cruzamentos dos trens após a serra que existe a poucos quilômetros de distância. Nesse sentido, o preposto da ALL, Sr. Alexandre Luis Lima, presente à última audiência de tentativa de conciliação, reafirmou a importância estratégica do ponto de desvio ou 'pátio de cruzamento' existente no interior da T.I, Queimadas, cuja desativação poderia inviabilizar o próprio funcionamento logístico da linha férrea Apucarana-Ponta Grossa (TERMOAUD1 - ev. 305).

Portanto, restou demonstrada a inviabilidade de se efetuar um desvio no traçado da linha férrea e/ou desativar o 'ponto de desvio' ou o 'pátio de cruzamento', o que seria importante para os indígenas, mas poderia inviabilizar a operação logística e, conseqüentemente, o próprio funcionamento da linha férrea.

Sendo assim, considerando que a linha férrea vem sendo utilizada há quatro décadas, a fim de assegurar que todos os interesses prestigiados constitucionalmente sejam preservados, na medida do possível, forte no princípio da proporcionalidade, na atual quadra, **entendo não merecerem trânsito os pedidos condenatórios de** 'retirada definitiva da linha férrea e de todos os bens móveis e imóveis construídos no seu entorno, proibindo-lhes de prestar o transporte ferroviário no interior da TI Queimadas, em Ortigueira/PR', bem como o de 'desativação, pelo menos, do 'ponto de desvio' ou 'pátio de cruzamento', evitando-se que os trens e as composições fiquem estacionados no interior da TI Queimadas'.

II.3.2) Da indenização por danos materiais

Segundo o DNIT (ev. 41):

Em 1999, através do **OFÍCIO Nº 051/GAB/AERGU-99 de 25 de março de 1999**, a Administração Regional da FUNAI em Guarapuava, encaminhou à empresa FERROVIA SUL ATLÂNTICO S/A, que na época tinha a concessão da linha férrea, novas reivindicações feitas pela Comunidade Indígena de QUEIMADAS com pedido de indenização pela passagem da

estrada de ferro em suas terras, no montante de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) por ano.

A empresa FERROVIA SUL ATLÂNTICO S/A (hoje ALL) encaminhou a reivindicação à RFFSA, a qual manifestou no sentido do não atendimento tendo em vista acordo anterior celebrado em 29/08/86 e cumprido, **fls. 32/115 e 125/142 do processo administrativo 50-107785/CUB.**

O novo pleito indenizatório feito pela comunidade indígena da TI QUEIMADAS em 1999 foi encaminhado, pela ALL, ao Ministério dos Transportes, até o momento sem resposta.

Verifica-se que a questão de eventual indenização a ser paga à comunidade indígena atingida restou em aberto, pois o novo pleito indenizatório feito pela comunidade indígena da TI QUEIMADAS, em 1999, foi encaminhado pela ALL ao Ministério dos Transportes, mas não houve resposta.

Assim, cabe analisar se há direito a indenização à comunidade indígena atingida pela passagem da linha do trem em seu interior e, caso a resposta seja um monossílabo positivo, se a responsabilidade por tal pagamento pode ser imputada à concessionária ALL.

A celebração do protocolo de intenções, conforme já fundamentado, não afasta o interesse processual da parte autora, até porque não contemplou uma indenização propriamente dita, além de poucas benfeitorias, pelas limitações de caráter permanente na terra indígena, que já vêm ocorrendo há quase quarenta anos.

Ressalte-se que é irrelevante o fato de a T.I. Queimada ainda não estar demarcada ao tempo da construção da linha férrea - que data da década de 70, ao passo que a demarcação se efetivou no ano 1996-, pois as normas constitucionais e legais conferem aos índios a exclusiva exploração econômica das riquezas naturais existentes nas terras por eles tradicionalmente ocupadas, mesmo que ainda não tenham sido submetidas a demarcação.

O legislador constituinte, ao dispor 'que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam' (CF, art. 231, caput), não deixou margens de dúvidas de que reconhece que os direitos territoriais indígenas são preexistentes ao próprio Estado brasileiro, de modo que a Constituição Federal de 1988 não atribuiu o direito, mas, simplesmente, reconhece o direito anterior à própria formação do Estado brasileiro, sendo o ato administrativo de demarcação meramente declaratório dessa situação jurídica preexistente.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Aires Brito, no julgamento da Pet. 3.388/RR, asseverou:

O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas
78. [...] no ponto, o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.** Situação que a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras congenitamente possuídas; ou seja, **possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes.** O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma

ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de um etnia. É o que Boaventura de Souza Santos chama de 'hermenêutica diatópica', para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais. Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos 'usos, costumes e tradições' o engate lógico para a definição da semântica da posse indígena, da semântica da permanência, da semântica da habitação, da semântica da produção, e assim avante;

No mesmo sentido, confira-se:

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Delimitada a área da propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que **'a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira'**. 2. Inexistência, pois, de ilegalidade do ato administrativo impugnado, que apenas informou ao órgão ambiental do Estado acerca da localização do imóvel rural dentro de área identificada como indígena. 3. Sentença que se confirma. 4. Apelação desprovida.(TRF1ª, AMS 200136000080043, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ DATA:19/04/2004 PAGINA:58) - destaquei.

Pois bem.

Não é preciso muito esforço intelectual para perceber que uma ferrovia cruzando uma aldeia indígena traz prejuízos a essa comunidade. Nada obstante, as provas produzidas nos autos confirmaram as alegações da parte autora, no sentido de que linha férrea Ponta Grossa/Apucarana que corta a T.I. Queimadas limita a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, ocasionando prejuízos à comunidade indígena.

Nesse sentido, as testemunhas/informantes da parte autora, ouvidas em Juízo sob o crivo do contraditório relataram:

Informante Luciana Maria Moura Ramos

...

M:- Na época que foi feito esse protocolo, segundo consta, ele seria para pagamento de direito de uso de uma faixa de terra correspondente às faixas de segurança da linha férrea, se essas benfeitorias seriam suficientes para minimizar o dano causado à terra indígena, se isso seria o bastante...

I:- Eu avalio que não, porque dentro dos procedimentos outros que se fazem com empreendimentos dentro de área indígena, há que indenizar tanto pela construção quanto tem que ter uma compensação permanente, porque permanente é o uso que eles estão fazendo dessa terra indígena. Então, além de uma indenização pelo tempo que ela já existe caberia também uma compensação. Eu poderia citar até duas outras terras indígenas, no caso a Barão de Antonina com a linha de transmissão e Apucarantina com uma PCH, eles tem o direito a uma

indenização pela construção, pela limitação do espaço, enquanto houver o uso eles têm que estar repondo à comunidade deixa de usufruir ali. Então, uma única vez seria absolutamente insuficiente.

M:- Nesses casos que a senhora relatou de outras terras indígenas que tiveram indenização, foram de linhas de transmissão, é isso?

I:- Uma de linha de transmissão, outra de uma PCH.

M:- Houve uma ação judicial ou um procedimento administrativo?

I:- Houve um procedimento administrativo nesses dois casos, a COPEL é o empreendedor, uma a COPEL Transmissão e outra a COPEL Geração, e ela assumiu, ao longo do processo foi feito um estudo de dano ambiental, tem uma área que é economia ambiental na qual é feito todo um estudo, do que eles deixaram da linha de transmissão que teria uma relação maior porque é uma restrição de uso também, não implica em um alagamento como uma PCH e do que foi retirado para a construção, isso foi indenizado. Depois o que eles deixaram de ganhar ao ceder aquela área e eles têm essa compensação anual pelo uso contínuo pela geração de energia, na verdade nem é geração, é só pelo trânsito de energia. Aí a COPEL assumiu que de fato existe um impacto na área, foram feitos estudos pela FUNAI, a COPEL fez contralaudos e foi-se construindo um parâmetro até chegar a um acordo.

M:- Tudo na via administrativa?

I:- Tudo na via administrativa, não foi preciso judicializar porque a COPEL assumiu, entendeu, chamou seus peritos para fazer essas análises e ficou comprovado que de fato tinha esse dano e a questão foi ajustar o valor. Foram feitos estudos antropológicos, históricos, botânicos, de animais e até mesmo do ponto de vista psíquico, psicológico da tensão e do medo que aquela linha de transmissão causa a eles. É importante relatar que aqui na terra indígena Queimadas também tem uma linha de transmissão.

M:- Nesses dois casos qual foi o valor pago pela COPEL aproximadamente?

I:- No caso da linha de transmissão na terra indígena Barão de Antonina posso disponibilizar os termos de ajustamento de conduta que foram feitos, no caso da Barão de Antonina a indenização foi por volta de dois milhões e eles tem uma compensação anual em torno de uns 40, 50 mil. A PCH, de Apucarantina, o processo lá foi mais complexo porque a COPEL usava uma área muito maior do que é necessária para a geração, então foi feito um trabalho para que realmente eles só utilizassem a área de geração que era necessária, foram delimitadas todas essas áreas, a indenização foi de 15 milhões e eles recebem anualmente algo em torno de 150 a 200 mil reais que é repassado para a associação.

M:- Na sua concepção antropológica o que causa mais impacto para a comunidade, tanto ambiental como cultural, o que afeta mais, uma passagem de linha de transmissão ou uma linha férrea nas próprias terras?

I:- A linha férrea sem sombra de dúvida causa o maior impacto, porque a linha de transmissão, óbvio que há o risco de cair um fio de alta tensão, mas tem toda uma manutenção, nesse caso é basicamente a restrição de uso, porque se pode até determinar os usos que podem ser feitos sob a linha, por exemplo, árvores de uma determinada altura que possam cair e derrubar. Então tem uma restrição de uso e como foi feito todo esse acordo na terra indígena Barão de Antonina a cada vez que entram pessoas para manter a vegetação baixa, porque pode haver incêndio, foi feito um acordo com a comunidade para que essas pessoas possam entrar sem problemas, às vezes até os próprios indígenas são contratados para fazer esse trabalho. É diferente de vagões que estão

passando o tempo todo, os indígenas desconhecem o que transita dentro da área deles, que tipo de substância é transportada e tem esse conflito de fato. Eu gostaria só de pontuar mais uma coisa, em ambos os casos, tanto na terra indígena Barão de Antonina quanto na terra indígena do Apucarantina, já tinham sido feitos pagamentos anteriores, antes de ter esse ajustamento de conduta. Eles foram feitos também com a presença da FUNAI, mas houve um próprio conhecimento da COPEL de que aquilo era um paliativo, que de fato eles nunca tinham indenizado nem compensado aquelas comunidades pela restrição, no caso, por exemplo, do Apucarantina que é uma PCH essa porcentagem que eles recebem é em cima da geração. - destaquei.

Testemunha Martin Kaeg'so Henri

...

J:-Pelo mapa passaria no meio. E nesses 17 anos que problemas o senhor presenciou que tenham sido causados pela linha férrea?

T:-O que se destaca de início é de ver o estrago que foi feito para a construção da terra, dá para ver na foto hoje, depois de trinta ou quarenta anos que houve uma retirada de terra sem qualquer preocupação em repor isso ou replantar ou fazer alguma coisa ali, então ficou essa cicatriz de retirada de terra. A situação dessa estação de trem abandonada cria um espaço que dá margem para situações de assalto, de roubo porque dá para se esconder bem ali, muitas vezes isso acaba denegrindo a imagem indígena por se tratar de serem dentro da terra indígena, as suspeitas muitas vezes recaem sobre alguns indígenas. Um acidente grave que a gente presenciou alguns anos atrás no qual houve um descarrilamento na passagem, bem no centro da terra indígena com explosões e vazamento de produtos.

J:-Qual produto que vazou?

T:-**Algum combustível, daí ele pegou fogo, explodiu alguns vagões, outros estavam carregados de açúcar que cristalizou ali. Eu sei de um trem ter passado por cima de um indígena, mas isso não é da minha época. Então, o risco constante, inclusive eu fui um dos primeiros a socorrer o maquinista na época e prestar socorro.**

J:-Isso afetou a terra?

T:-**O vazamento afetou a terra e algumas nascentes de água, mas o risco principal que eu vejo na passagem dessa linha férrea é que não há nenhum tipo de sinalização de segurança nas travessias, são duas estradas que cruzam a linha do trem ali. Essa questão da estação abandonada.**

...

F:-Eu gostaria de saber se há pessoas habitando muito próximas à linha do trem.

T:-**Em épocas de roçadas eles costumam ter seus paióis no lugar onde ficam durante a semana ali perto.**

F:-O que se produz em volta dessa área, existe algum tipo de agricultura ou algum tipo de atividade econômica lá?

I:-**Geralmente eles plantam milho, feijão, mandioca, talvez batata, tinha uma época em que tinha alguém criando porcos ali perto eu não sei como é hoje e tem alguns apicultores que tem suas caixas de abelha naquela região.**

F:-Essa linha de alguma forma dificulta o aproveitamento econômico dessa área da terra indígena de Queimadas, causa algum tipo de prejuízo econômico pela ausência de aproveitamento da agricultura?

I:-Para a agricultura de forma familiar de roçada sim, porque está sendo usada por esse trem e fica bem em uma área de encosta onde eles costumam fazer isso.

F:-Existe área de maior risco ao longo desse trilho?

I:-Eu diria que a passagem, que fica bem no meio da aldeia e essa questão da estação abandonada.

F:-Ao largo do trilho, existe algo que impeça o acesso humano a ele, alguma barreira, alguma cerca ou algo do gênero?

T:-Não que eu saiba.

Informante José Castorino Jorge

M:- O senhor falou que a linha passa no meio da aldeia, se não houvesse a linha ali, haveria mais espaço para plantação, para cultivo?

I:-Com certeza sim.

Informante Marcos Pires

M:-Para finalizar, o senhor como liderança da comunidade pode confirmar que essa situação da linha do trem causa muitos problemas para a comunidade?

I:- Sim, para nós causa muito problema.

M:-Gera conflito entre os senhores.

I:- Gera conflito porque às vezes a gente não quer impedir de ir para lá para fazer as lavouras, só que o único lugar que tem para fazer lavoura é perto da linha. Na verdade, para cá nós só temos capinzal e eles têm que ir para lá e se impedir eles de irem para lá gera conflito, porque eles querem ir e eles têm o direito de plantar onde quiserem, porque ali é tudo dentro da aldeia indígena.

Destarte, restaram comprovadas as limitações impostas à posse permanente e à exclusividade do usufruto das riquezas naturais, o que confere à comunidade indígena afetada o direito ao ressarcimento, que deve levar em consideração as restrições do uso e o que ela vem deixando de usufruir.

Logo, se, por um lado, a União tem o direito de intervir em terra indígena para 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 (STF, Pet. 3388), por outro, há o dever de ressarcir as restrições impostas à exclusividade do usufruto das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Como argumento de reforço, registre-se, ainda, que o Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, e a promulgou pelo Decreto 678, de 06.11.1992, bem como reconheceu, por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998, a competência da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para fatos ocorridos a partir do seu reconhecimento.

Sendo assim, torna-se imprescindível a observância da **interpretação internacional** dos direitos protegidos, notadamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil reconheceu, mediante um

diálogo e uma fertilização cruzada com a jurisprudência desse Tribunal internacional na matéria.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui jurisprudência assentada acerca da responsabilização dos Estados-partes que não observam a obrigação de respeitar o direito dos indígenas ao uso e gozo de suas terras, pois, em seu entendimento, o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade) que garante a 'toda pessoa o uso e gozo de seus bens' e que por lei pode ser 'subordinado ao interesse social', deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo, à luz do artigo 13 da Convenção da OIT nº 169. Nesse sentido: Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, §§ 118 e 119, sentença de 29 de março de 2006; e Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, §§ 136 e 137, sentença de 17 de junho de 2005).

No **Caso da Comunidade Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**, sentença de 31 de agosto de 2001, a Corte Interamericana considerou que o Estado-parte violou o direito ao uso e o gozo dos bens dos membros da Comunidade Mayagna por não 'ter delimitado e demarcado sua propriedade coletiva e ao ter outorgado concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos situados em uma área que pode chegar a corresponder, total ou parcialmente, aos terrenos em que deverão recair a delimitação, demarcação e titulação correspondentes' (§153 - tradução livre).

Portanto, os prejuízos advindos das limitações impostas à exclusividade do usufruto da terra indígenas são inegáveis e devem ser indenizados, ex vi do art. 22 da Lei 6.001/73, art. 231, §2º, CF/88, artigos 13 e 15 da Convenção da OIT nº 169 e art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cumprido, agora, verificar se a responsabilidade por tal pagamento deve ser imputada à concessionária ALL.

Segundo a lei 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

A ALL sustenta que utiliza as linhas que cortam a comunidade indígena por força de Contrato de Concessão Federal, onde o traçado ou a sua fixação foi decisão do Poder Concedente, não possuindo qualquer ingerência quando da sua construção da linha férrea, de maneira que a União deveria ser responsabilizada.

Imperioso registrar **que a demarcação administrativa promovida pela FUNAI da Terra Indígena de Queimadas foi homologada pelo Decreto s/nº de 23.05.1996** (ev. 61, OUT3, pg. 6), **ao passo que o Contrato de Concessão foi celebrado em 27.02.1997** (ev. 61, OUT3, pg. 7/25).

Destarte, quando a concessionária dispôs-se a participar do empreendimento de modo espontâneo, submetendo-se ao certame e formulando proposta, já tinha conhecimento de que a linha férrea que pretendia explorar cortava a Terra Indígena de Queimadas, de maneira que não era imprevisível que a comunidade indígena pudesse voltar à carga, pleiteando a justa indenização pelas restrições em suas terras.

Ressalte-se que as limitações impostas à exclusividade do usufruto da T.I. Queimadas pela travessia da linha férrea que corta aquela área por aproximadamente 6 km configuram uma verdadeira **servidão administrativa** na terra indígena.

Nesse aspecto, dispõe a Lei 8.987/95 que:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

IX - declarar a necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de **servidão administrativa**, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente **ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis**; - destaquei.

Por sua vez, o Contrato de Concessão previu em sua **cláusula 9.1, que são obrigações da Concessionária**:

X - Pagar as indenizações decorrentes da execução de obras, serviços e atividades necessárias à exploração da CONCESSÃO

...

XVIII - Promover as desapropriações necessárias e constituir servidões autorizadas pela CONCEDENTE

Portanto, ao contrário do que alega a ALL, entendo que há substrato jurídico legal e contratual obrigando-a ao pagamento da referida indenização. Ainda que assim não fosse, mas pela lógica elementar de que quem tem o bônus deve arcar com o ônus, a concessionária ALL é responsável pelo pagamento desta indenização à comunidade indígena kaingang da TI de Queimadas.

Como bem destacado pela antropóloga do MPF, em duas outras terras indígenas da região, no caso a Barão de Antonina com a linha de transmissão e Apucarantina com uma PCH, a **concessionária de serviço público** [de energia elétrica] arcou com as indenizações pelas limitações nas terras indígenas.

A jurisprudência orienta-se no mesmo sentido. Guardadas a peculiaridades de cada caso, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDÃO DE PASSAGEM EM TERRAS INDÍGENAS PARA FINS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACESSO À RESERVA PARA A MANUTENÇÃO DA REDE

ELÉTRICA. AUTORIZAÇÃO FORMAL E PRÉVIA DA FUNAI. EXIGÊNCIA QUE NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL. I. O Ministério Público Federal é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando ao pagamento de indenização por danos causados a comunidade indígena, em decorrência do uso de servidão de passagem para fins de fornecimento de energia elétrica (art. 129, inc. V, da CF, c/c art. 6º, inc. XI, da LC n. 75/93). II. Não é razoável exigir, da prestadora de serviços, autorização formal e prévia da FUNAI para que seus prepostos e funcionários ingressem nas terras indígenas para fins de manutenção e conservação da rede elétrica, porquanto tal exigência pode dificultar a realização desses serviços e, assim, causar danos irreparáveis à respectiva comunidade, inclusive à integridade física de seus membros. III. Impor à prestadora de serviços a obrigação de treinar e contratar indígenas para a manutenção da rede elétrica que serve à comunidade é medida que não encontra amparo legal. Outrossim, trata-se de atividade que exige formação técnica especializada e que se encontra submetida a normas específicas, justamente porque envolve graves riscos, os quais se potencializam se o serviço for mal operacionalizado. IV. Agravo de instrumento desprovido. (TRF1, AG 200801000025916, Rel. Juiz Federal Cesar Cintra Fonseca (Conv.), 3ª T., e-DJF1 DATA:30/04/2009 PAGINA:564)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDÃO DE PASSAGEM EM TERRAS INDÍGENAS PARA FINS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVERSIBILIDADE DA LIMINAR QUE IMPEDE A INTERRUPTÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E A NEGATIVAÇÃO DOS INADIMPLENTES. I. O Ministério Público Federal é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando ao pagamento de indenização por danos causados a comunidade indígena, em decorrência do uso de servidão de passagem para fins de fornecimento de energia elétrica (art. 129, inc. V, da CF, c/c art. 6º, inc. XI, da LC n. 75/93). II. Não há que se falar em irreversibilidade da medida liminar que impede a interrupção do fornecimento de energia elétrica e a negativação dos inadimplentes, pois eventuais créditos a que faça jus a prestadora de serviço poderão ser cobrados por outros meios legais. III. A falta de correspondência entre os pedidos liminares e os finais não impede a concessão de liminar quando a medida pleiteada tem natureza conservativa. IV. Não se justifica a interrupção do fornecimento de energia elétrica e a negativação dos inadimplentes quando se vislumbra a verossimilhança da alegação de que a comunidade indígena deve ser indenizada pelos danos decorrentes da ocupação de suas terras pela prestadora de serviço. V. A existência provável de dívidas correlatas serve como fundamento para a concessão de liminar, e não significa compensação de valores. VI. Agravo de instrumento desprovido. (TRF1, AG 200701000511241, Rel. Juiz Federal Cesar Cintra Fonseca (Conv.), 3ª T., e-DJF1 DATA: 17/04/2009 PAGINA:325)

Registre-se, ainda, que a concessionária Ré tem à disposição instrumentos legais para buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão inicial junto ao Poder Concedente, no caso de se entender que a presente decisão implique em indevida alteração dessa equação.

O valor pleiteado na inicial, R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a título de indenização pelas restrições à posse permanente e ao usufruto exclusivo

dos recursos naturais da T.I. Queimadas, não é exorbitante, considerando que a concessão tem prazo de vigência de 30 anos (cláusula 2ª do Contrato de Concessão), com previsão de término em março de 2027, podendo ser renovada por igual período, bem como a notória capacidade econômica da concessionária ALL.

Averbe-se, conforme nota antropológica nº 13/2009, constante do PA arquivado em Secretaria (fls. 135/136), que a indenização paga pela COPEL para os índios Kaingang da Reserva de Apucarantina, em virtude dos impactos ambientais causados pela construção da hidrelétrica Apucarantina, foi de R\$ 14 milhões. Outrossim, no caso da TI Barão de Antonina, desde 2004, há a compensação pela passagem de uma linha de transmissão de alta tensão e, em 2008, houve o pagamento de R\$ 1.800.000,00.

Ainda, segundo informação da Antropóloga do MPF, uma linha férrea causa muito mais impacto para a comunidade, tanto ambiental como culturalmente, do que uma passagem de linha de transmissão de energia elétrica, o que demonstra a razoabilidade do montante pleiteado.

Portanto, condeno a ALL na indenização por danos materiais aos índios Kaingang da TI Queimadas no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). O valor deverá ser corrigido pelos índices da Tabela de Correção Monetária do Conselho da Justiça Federal, a partir desta data, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do novo Código Civil e do enunciado nº 20, do CJF: 'A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês'), a partir da citação.

Metade desse valor deverá reverter em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos previstos nas Leis n. 7.797/89 e 7.347/85 e o restante deverá permanecer bloqueado até que a Comunidade Indígena estabeleça critérios para a correta utilização dos recursos a serem encaminhados à supervisão da FUNAI e do MPF, nos termos da manifestação da FUNAI do ev. 287.

II.3.3) Da indenização por danos morais coletivos

A Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, dispõe: 'Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato'. E seu §1º afirma que: 'Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas'.

Reza a Cláusula 9ª do Contrato de Concessão:

XIV) Zelar pela integridade dos bens vinculados à CONCESSÃO, conforme normas técnicas específicas, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação, até a sua transferência à CONCEDENTE ou à nova CONCESSIONÁRIA;

(...)

XXIII) Manter as condições de segurança operacional da ferrovia de acordo com as normas em vigor;

Já a Cláusula 4ª do Contrato de Arrendamento firmado com a extinta RFFSA afirma ser obrigações da arrendatária, in casu, a ALL:

III- manter as condições de segurança operacional e responsabilizar-se pela conservação e manutenção adequadas dos bens objeto deste contrato, de acordo com as normas técnicas específicas e os manuais e instruções fornecidos pelos fabricantes;

IV- responder por todo e qualquer dano ou prejuízo causado à própria RFFSA ou a terceiros, decorrente do uso dos bens objeto do presente contrato

O art. 25 da lei 8.987/95, como visto, estabelece que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários **ou a terceiros**, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuar essa responsabilidade.

O regime jurídico da concessionária é objetivado sob duplo fundamento. Primeiro, porque não cabe distinção entre concessionário e poder concedente, quando se investiga o regime jurídico do serviço público, em relação aos terceiros não-usuários do serviço, nos termos do precedente citado pela parte autora (STF, RE 459749/PE).

E, segundo, porque, conforme já fundamentado, os bens de natureza material e imaterial, vinculados à cultura indígena são efetivamente bens ambientais, incidindo à hipótese o §1º do art. 14 da Lei 6.938/81, que afirma: 'Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade'.

Na lição de Paulo Affonso Leme Machado:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa, tem incidência na indenização ou na reparação dos 'danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade' (art. 14, §1º da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente (**Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pg. 327/328)

Adota-se, assim, a teoria do risco integral, pela qual basta a conexão entre o dano e a atividade do empreendedor, para haver a responsabilização deste pelos prejuízos ambientais. Não se admite excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou força maior. Também não tem relevância se a atividade é lícita ou se foi licenciada pelo Poder Público.

Dessa forma, havendo a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do agente, tem este a obrigação de indenizar, ainda que a sua

conduta não seja culposa ou ilícita, sendo indiferente se o dano foi ou não voluntário. Assim, caracterizado o dano, há o dever de indenizar.

No tocante aos danos extrapatrimoniais coletivos, a doutrina admite como possível a indenização de dano moral ambiental, especificamente quanto aos danos coletivos ou difusos, estendendo o conceito de dor à coletividade. O dano moral coletivo tem cunho subjetivo e tem por objeto a dor ou sofrimento impostos a uma coletividade ou grupo social.

A propósito, leciona José Rubens Morato Leite:

A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, posto que concernente a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum, solidário e relativo a um direito fundamental de toda a coletividade.

Trata-se de uma lesão que traz desvalorização imaterial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e concomitantemente a outros valores inter-relacionados como a saúde e a qualidade de vida. A dor, referida ao dano extrapatrimonial ambiental, é predominantemente objetiva, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo. Outrossim, refere-se, concomitantemente, a um interesse comum de uma personalidade em sua caracterização coletiva.

Atualmente, ainda que de forma bastante discreta, vem sendo admitida a possibilidade de configuração de um dano moral afeto à coletividade como um todo ou mesmo a um grupo de indivíduos determinados ou determináveis (**Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2ª ed. Ver. Ampl. E atual. São Paulo: RT, 2003, pg. 294/295).

Cumpre mencionar que esta foi uma das conclusões do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, consignada na Carta de São Paulo: 'O Direito brasileiro admite e sanciona o dano moral ambiental difuso, com base no sistema constitucional e no art. 1º, da Lei n. 7347, a ele aplicando a tutela inibitória e ressarcitória, inclusive como forma de prevenção em relação a degradadores potenciais'.

Outro não é o entendimento da Juíza Federal Gysele Maria Segala da Cruz, em obra coletiva organizada pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - EMAGIS: Em conclusão, apesar dos entendimentos contrários, a possibilidade de indenização por danos morais difusos e coletivos é decorrente da interpretação sistemática da Constituição, considerando-se não apenas os dispositivos relativos à indenização por danos morais, mas principalmente toda a atenção dispensada ao meio ambiente. Os objetivos de prevenção, reparação e educação do direito ambiental justificam a possibilidade de condenação ao ressarcimento de danos morais coletivos ou difusos causados ao meio ambiente, tendo esta a finalidade primordial de ser um instrumento de desestímulo a futuras reiterações de atos ilícitos e conseqüente degradação à natureza (O dano moral ambiental difuso e coletivo na Constituição Federal. In:VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pg. 262)

Na jurisprudência, julgados a basto podem ser arrolados:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATA ATLÂNTICA. REPARAÇÃO E COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. 1. A

responsabilidade civil por danos ao meio ambiente tem previsão no Texto Constitucional (art. 225, § 3º), dispondo, por sua vez, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente no 6.938/81 a responsabilidade civil objetiva do infrator das normas ambientais (art. 14, § 1º), contexto que dispensa a investigação do elemento subjetivo da culpa ou dolo, sendo suficiente, para a atribuição do dever de indenizar, a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre a lesão e a ação ou omissão do responsável. 2. Dos elementos probatórios reunidos nos autos, restou amplamente demonstrado que o incêndio noticiado na petição inicial, de grandes proporções e que degradou extensa área de Mata Atlântica (200.000 m2), constitucionalmente tutelada (art. 225, § 4º, da CF/88) e inserida dentro de Área de Proteção Ambiental da Região Serrana de Petrópolis (Decreto nº 527/92), teve início em terreno de propriedade do réu, em virtude de queimada, promovida por seus prepostos para a limpeza da área, conduta que, além de constituir crime contra a flora (art. 41 da Lei nº 9.605/1998), incide na hipótese do art. 27 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal). 3. **'Deve o poluidor ser condenado, como ensina Guilherme Couto de Castro, simultaneamente na recomposição do ambiente, sob pena cominatória, e também em verba a título punitivo, também chamada educativa, didática ou por dano moral coletivo'** (TRF2, AC 2002.02.01.031054-3, Quinta Turma Especializada, Juiz Federal convocado Luiz Paulo S. Araújo Filho, data de julg.: 24.06.2009). 4. Apelação do MPF provida e apelação de Ítalo improvida (TRF2, AC 200351060012157, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Relator Desembargador Federal LUIZ PAULO S. ARAUJO FILHO, publicado em 06/05/2011)

DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. CONDENAÇÃO PARA RECOMPOR O DANO AMBIENTAL CAUSADO E AO PAGAMENTO DE UMA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS ECOLÓGICOS . 1. Cuida-se de apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por JAIME VERAS SILVA FILHO, contra a sentença do Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que, em ação civil pública, condenou o Réu a recompor o dano ambiental causado, inclusive mediante o replantio, às suas próprias expensas, de cinquenta coqueiros sadios e aferidos pelo IBAMA na área desta ação (art. 3º, Lei nº 7.347/85), no prazo de trinta dias, a contar da efetiva intimação para o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). O Douto magistrado a quo impôs a condenação do replantio, mas afastou o outro pedido formulado pelo MPF no sentido de, cumulativamente à obrigação de recompor o dano ambiental, condenar o réu ao pagamento de uma indenização pelos danos ecológicos causados. Entendeu o juiz sentenciante que não seria possível, em sede de ação civil pública, cumular obrigação de fazer ou não fazer com a de pagar, diante da inteligência do art. 3º da Lei nº 7.347/85. 2. 'A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ('A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer'), a conjunção 'ou' deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).' (REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006). 3. É possível a condenação cumulativa em obrigação de fazer ou não fazer e de

pagar, sobretudo porque, em matéria ambiental, tal cumulação mostra-se ainda mais premente, em virtude do dano moral provocado à coletividade atingida pela devastação ecológica, tendo esse tipo de dano natureza peculiar, sendo de difícil reparação e mensuração, pelo que a condenação em dinheiro, se não consegue corresponder exatamente aos recursos naturais destruídos, no mínimo, desempenha um caráter educativo de intimidação à prática de ações similares. Portanto, a exegese dada pelo juízo é limitativa e não merece prevalecer, sob pena de se deturpar até mesmo o instituto da ação civil pública, que comporta não apenas condenação em prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), como também de pagar quantia, através de indenização dos danos insuscetíveis de recomposição 'in natura'.

4. A natureza do dano ambiental, porque diz respeito a um interesse difuso intangível, exige, além da reparação material - se possível de restituição à situação anterior - a reparação moral coletiva, porque não se atinge uma única esfera jurídica, mas um direito compartilhado transindividualmente por todos os cidadãos. Por isso é que é plenamente possível a condenação em indenização por dano moral coletivo, até porque existe previsão normativa expressa sobre a possibilidade de dano extrapatrimonial em relação a coletividades, consoante se depreende da parte final do artigo 1º da Lei nº 7.347/85.

5. O fato de o Município de Barroquinha/CE haver obtido cessão, pela Secretaria do Patrimônio da União, para usufruir do domínio útil da área onde ocorreu o indevido desmatamento, por óbvio, não lhe permitia fazer intervenções desastrosas na vegetação da região, sem que os órgãos ambientais competentes fossem acionados para se manifestar, procedendo, antes, a estudos prévios de impacto ambiental, até porque a localidade está inserida na Área de Preservação Ambiental do Delta do Parnaíba, região em que são proibidas as atividades de implementação de projeto de urbanização. Além disso, não se admitiria que o próprio poder público, no caso representado pela Prefeitura de Barroquinha, na pessoa do seu Prefeito, ora réu, pudesse ignorar a lei e, sob essa alegação, descumprir-la. Tanto isso não seria admissível que o réu sequer invoque esse argumento. Em terceiro lugar, a simples 'destinação social' do empreendimento que seria e não foi construído no local devastado, alegada pelo réu, já que a área seria usada para a construção de um Complexo Esportivo de uso comum da população local, de qualquer forma não teria o condão de desconstituir o dano ambiental causado, nem tampouco tornaria lícita a conduta praticada, porque imprescindíveis as licenças ambientais para a empreitada.

6. Afigura-se razoável se fixar uma multa no valor de 500 (quinhentas) UFIR's - Unidades Fiscais de Referência, com fulcro no art. 14, I, da Lei nº 6.938/1981, tendo em vista que o Réu ainda foi condenado a reparar o dano ambiental provocado. Precedente deste Tribunal: (TRF-5ª R. - AC 411197/CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJe 29.05.2009)

7. Apelação do MPF provida, para o fim de ser o Réu condenado a pagar uma indenização pelo dano ambiental causado, no valor de 500 (quinhentas) UFIR's. Apelação do Réu improvida. Mantida a sentença recorrida em todos os seus demais termos. (TRF-5ª R. - AC 200081000160205 - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Desembargador Federal Francisco Barros Dias - DJe 15/09/2009)

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PERDA DE OBJETO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. Trata-se de ação civil pública aforada pelo Ministério Público objetivando que a ré se abstenha de utilizar o jingle de anúncio de seu produto, o qual seria gerador de poluição sonora no meio ambiente, o que ensejaria danos morais difusos à coletividade. Com relação à obrigação de fazer, a ação

perdeu seu objeto por fato superveniente, decorrente de criação de lei nova regulando a questão. **No entanto, em relação aos danos morais, prospera a pretensão do Ministério Público, pois restou amplamente comprovado que, durante o período em que a legislação anterior estava em vigor, a requerida a descumpria, causando poluição sonora e, por conseguinte, danos morais difusos à coletividade.** APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70005093406, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 19/02/2004)

Pois bem.

A inicial relata a ocorrência de acidentes envolvendo os indígenas Jair Miranda, no ano de 1990, atingido na cabeça por um dormente, João Miranda, por volta de 1992, que teve a perna esquerda amputada, e Benedito Glicério, por volta do ano de 1994, atingido por uma das máquinas de manutenção. Vale destacar que todos os três eram crianças à época e brincavam e/ou caçavam próximo à linha do trem quando sofreram os acidentes. Nenhum recebeu qualquer tipo de assistência da empresa responsável.

Houve ainda um acidente com um não-índio, Sr. Paulo Siqueira, fazendeiro da região, que veio a óbito após o seu veículo parar de funcionar sobre os trilhos, sendo atingido pelo trem. Nesse mesmo local, no ano de 2004, ocorreu o descarrilamento de vagões com o derramamento de produtos químicos e explosões seqüenciadas.

Verifica-se que dos acidentes relatados, somente o descarrilamento, em 2004 - o mais potencialmente lesivo em termos de dano coletivo-ambiental-, ocorreu após a concessionária ALL assumir a concessão da linha Ponto Grossa-Apucarana, em 1997.

Ocorre que o risco de acidentes envolvendo os indígenas é muito alto, considerando a vulnerabilidade e dificuldade de inteligência de alguns e a maneira peculiar da percepção do perigo por parte das crianças indígenas. Registre-se, por oportuno, que a parca sinalização existente não é em linguagem kaingang.

Ademais, a necessidade das paradas das composições no ponto de desvio dentro da comunidade indígena, cujo pleito de retirada não pôde ser atendido, é causa de inúmeros problemas, na medida em que os indígenas vêm sendo acusados por furtos nessas composições. Vale lembrar que a inicial noticia a ocorrência de um homicídio e de tentativa de homicídio, que vitimaram dois indígenas da TI Queimadas, no ano de 2007, cuja motivação seria a subtração de produtos transportados nos vagões da concessionária ALL.

Vejamos os depoimentos prestados em Juízo acerca desses fatos geradores de acidentes e inúmeros conflitos entre a população indígena afetada:

Testemunha Martin Kaeg'so Henri

J:-De qualquer forma, nos últimos anos quando essa questão tem sido levantada tem sido mais em relação à questão da imagem da aldeia?

T:-Isso.

J:-De roubos que estariam sendo efetuados e que os indígenas seriam os suspeitos?

T:-Indígenas suspeitos de facilitar, de contribuir ou colaborar.

J:-Esses roubos são ligados à carga ou não necessariamente?

T:-Às cargas.

J:-Lá há roubo de cargas com certa frequência?

T:-Como eu não participo da política interna diretamente eu não sei dizer isso com precisão, mas eu tenho ouvido isso frequentemente e os não-índios fora da cidade comentando, isso a gente ouve.

J:-Comentando que seria culpa dos índios?

T:-Que eles estejam ou facilitando ou intermediando as coisas e aí recai muitas vezes sobre o cacique dizendo que ele não toma providências ou acobertando e isso cria um mal-estar para a gente que quer construir uma parceria entre os indígenas e a comunidade local.

J:-Passo a palavra ao Dr. Marcelo, pelo Ministério Público.

M:- Boa tarde.

T:-Boa tarde.

M:- Essas acusações de roubo de carga, furtos, esses problemas envolvendo as cargas que a ALL transporta dentro da aldeia que recai sobre os indígenas, como o senhor vê? O senhor percebe que eles se sentem constrangidos, abalados, ofendidos com isso, há uma perturbação moral ou psíquica com relação a eles?

T:-Eu diria que sim porque a gente ser culpado de alguma coisa, insinuando-se alguma coisa que a gente não tem feito geralmente causa um mal-estar.

M:- É um reflexo negativo que a comunidade tem perante aos não-índios e aos que estão no entorno da região de Ortigueira, eles se sentem de alguma forma menosprezados?

T:-Caluniados, menosprezados e acaba sendo um reforço a um preconceito que já existe na sociedade envolvente e aí como não se diferencia entre esse índio e aquele se fala a comunidade indígena, se fala sobre os indígenas e acaba denegrindo a imagem de todos que trabalham sério lá.

M:- Reforça o preconceito...

T:-... Que já existe no município como um todo.

M:- Os indígenas têm noção de perigo com relação à passagem do trem ali, principalmente as crianças, os adolescentes, como o senhor vê eles, eles tem a noção de que devem ficar longe ou não se importam muito e atravessam de qualquer forma a linha, permanecem em cima da linha, como é o dia-a-dia?

T:-Eu diria que o indígena quando criança cresce com uma percepção de perigo bem diferente da nossa, eles não são tão protegidos pelos pais, desde pequenos eles aprendem a caminhar e são soltos. A meu ver as crianças aprendem com os erros, quando ela sobe em uma árvore a cai a mãe diz - 'É isso que acontece', geralmente é retroativa a pedagogia. Especificamente com a linha do trem eu não poderia dizer nada em específico porque é o conjunto das atividades como um todo, passa um carro dentro da aldeia e as crianças correm atrás, tentam pegar, tentam segurar, há essa tentativa de serem mais rápidos, de colocar pedra em cima do trilho para ver o que acontece, colocar uma garrafa na estrada para ver o que acontece quando o carro passa por cima, então esse tipo de curiosidade é típico.

M:- Tem por sua liberdade a forma como são criados. O senhor já viu ou os presenciou subindo no trem?

T:-Eu mesmo não vi, porque eles não vão fazer isso às vistas, mas eu sei de meninos que embarcaram e acabaram desembarcando em Apucarana ou Rolândia.

M:- Vieram parar aqui em Apucarana?

T:-Meninos de dez ou 12 anos, aí o Conselho Tutelar daqui ligou, pediu para buscar eles. Isso eu sei que aconteceu uma vez. Os trens às vezes param de madrugada ali e onde ele para não é dentro da aldeia onde eles vivem, então são mais famílias que estão ali fazendo roça e os meninos fazem o que querem fazer, mas aí não é à vista, eu não posso dizer que eu presenciei isso. Combina com que eu vejo em volta da minha casa, porque eu moro lá encostado na aldeia, então eu vejo como a gente constrói um balanço para as crianças balançarem, mas elas não balançam, elas sobem em cima dele, então é uma tentativa de explorar os limites

M:- O senhor sabe me dizer se há algum programa de vigilância ou de orientação por parte da ALL, por parte da concessionária de transporte ou da União mesmo de forma preventiva com relação aos indígenas?

T:-**Não tenho conhecimento.**

M:- Existe algum tipo de cancela, placa, alguma forma de proteção ou orientação no interior, em todo trajeto da linha?

T:-**Não que eu saiba, eu não vi.**

Informante José Castorino Jorge

J:- Essa linha férrea tem causado algum problema para vocês?

I:-**Para nós tem, porque os brancos entram lá e mexem nas coisas e fica como se os índios tivessem mexendo, mas não.**

J:- O problema maior então é que os índios têm levado a culpa por coisa que são feitas por brancos e pessoas de fora? Esse tipo de coisa seria o que, roubo de carga?

I:-**É, roubo de carga dos vagões. Eu acho que seria bom se tirassem aquelas duas linhas, deixam uma para não fazer ponto dentro da reserva para evitar isso e para não ter esse confronto de dizerem que são os índios. Eu acharia bom que isso acontecesse.**

J:- De tirar só uma das linhas?

I:-Tirar uma das linhas, porque lá era a antiga estação, então lá tem duas paradas, a que vem e a que vai, então se deixassem uma passagem direta por ali, seria bom.

J:- Seria bom se tirassem o que?

I:-Uma linha do lado. Que ficasse direto, que fizessem ponto o Bairro do França ou Leonardo, tem outras estações, mas já são fora da reserva, daí é diferente.

J:- Tem umas casas abandonadas ali perto?

I:-Tem, não estou muito bem lembrado, quase não vou para aquele lado, mas parece que são sete ou oito casas ou dez casas, uma coisa assim.

J:- Essas casas têm dado problema?

I:-Tem dado problema porque às vezes vem pessoas de fora e acampam lá dentro, esses andarilhos nós sempre achamos lá, então para nós não é bom. Às vezes pode acontecer alguma coisa e pode ficar na culpa dos índios.

J:- Ocorreram nesse tempo acidentes com os índios ou alguma coisa que tenha afetado os índios, além dessa questão de falarem que vocês fizeram alguma coisa errada?

I:-**Aconteceu já, um acidente que o trem descarrilou, trouxe grande transtorno para a reserva e também contaminou, com certeza, as minas.**

J:- Chegou a ser feita alguma compensação a vocês?

I:-A compensação quem vai explicar direito é o cacique, ele que estava no dia do acidente, eu estava trabalhando e quando eu vim de lá já tinha acontecido o acidente.

J:- Foi há poucos anos?

I:-Não, foi em... Deixa-me ver...

J:- Tudo bem, não tem problema. De qualquer forma o cacique estava presente?

I:-Estava presente sim.

J:- Além desse acidente houve outro que o senhor se recorda?

I:-Tem um índio que foi caçar e terminou deitando em cima da linha e dormiu, quando ele acordou o trem estava passando por cima dele e cortou uma perna dele. Por isso que estou falando isso, para nós não é bom. Se houvesse um jeito de tirar a linha por fora da reserva, mas não tem..

J:- De qualquer forma tirando esses acidentes do descarrilamento e esse acidente em que o trem passou por cima da perna do índio o que aconteceu mais são as questões de as pessoas usarem ali para fazer coisas erradas, como roubar cargas, e vocês levarem a culpa?

I:-Nós levamos a culpa.

J:- Os funcionários da ALL costumam ir à linha fazer manutenção ou alguma outra coisa?

I:-Sempre vão, eles passam direto por dentro.

J:- E isso causa algum problema com vocês?

I:-Não, eles andam por cima da linha, vem do Bairro dos França para a reserva e da reserva para o Bairro dos França.

J:- Isso não causa nenhum conflito com a comunidade?

I:-Para nós não.

J:- O senhor sabe dizer se essa linha férrea passa no meio da comunidade ou passa mais no canto da terra de vocês?

I:-Ela passa no meio da reserva.

J:- Bem no meio?

I:-Bem no meio. Mas é o caminho dos índios terem que passar por ali.

J:- Ali é perto de plantação, o que vocês têm ali perto?

I:-É perto da plantação, então ali é um perigo.

J:- O que vocês plantam por lá?

I:-Milho, feijão, isso aí que a gente planta, eucalipto também tem plantio.

J:- Passo a palavra ao Ministério Público Federal.

M:- Boa tarde.

I:-Boa tarde.

M:- Qual é a idade do senhor?

I:-Eu sou de quatro do nove de 55.

M:- O senhor nasceu lá na terra?

I:-Nasci.

M:- Com esses problemas envolvendo os trens, seja acidente, seja acusação de roubo de carga envolvendo os índios ou não-índios no interior da aldeia, isso gera conflito, discussão entre os próprios índios, isso é fator de desentendimento entre os senhores lá?

I:-Às vezes eles querem que pare isso aí, só que não são os índios que fazem isso.

M:- Sim, mas o senhor sabe me dizer se esses fatos, esses acontecimentos geram discussões entre um índio e outro para achar que se deve retirar ou não a linha, se deve buscar outra solução para esses problemas?

I:-Nós discutimos a lei, se é bom ou não é, mas isso quem discute é o cacique, ele explica e agente ouve.

M:- O cacique vai dizer a palavra final dele e a comunidade vai aceitar?

I:- Isso.

M:- E quando o pessoal acusa os índios de roubo de carga, qual é o sentimento que a comunidade tem, se sente abalada com isso, constrangidos?

I:- Se sente, porque se fosse índio tudo bem, mas como não é fica uma acusação esquisita, aí a gente não está de acordo com isso.

Informante Marcos Pires

J:- Quais os problemas que a linha férrea estaria trazendo a comunidade indígena?

I:- Sempre gera problemas como no exemplo daquelas casas que tem lá, porque tem gente que acampa lá e nós não sabemos se é índio ou é branco, aí nós ficamos em dúvida. Até sugerimos que essas casas fossem tiradas dali para não acontecer mais isso.

J:- Se tirassem as casas e ficasse a linha haveria problema para vocês?

I:- Haveria, porque sempre tem índios ali na beira fazendo lavoura nos dois lados da linha, as famílias plantam ali.

J:- Plantação do que eles fazem?

I:- Milho, feijão...

J:- E aí a linha prejudicaria esse cultivo?

I:- Pode ser que alguma criança esteja passando ali na hora.

J:- De qualquer forma, de acidente que aconteceu mesmo, o senhor lembra-se desse caso do rapaz que o trem passou por cima da perna?

I:- Que eu lembro mais ou menos é esse aí.

J:- Mas o senhor não sabe de algum outro?

I:- Não.

J:- Há alguma orientação dos pais ou do cacique quanto a perigos da linha férrea, como que é isso na comunidade?

I:- Sempre nós damos orientação para eles não andarem muito perto da linha, mas é duro de mexer com índio, a gente sabe dessa dificuldade, tem muita gente que entende e tem gente que não entende muito bem. É a mesma coisa de uma brincadeira aquilo ali, eles não entendem muito bem, pensam que são mais sabidos, mais inteligentes e já sabem que é perigoso... Então, é isso aí que é nosso medo de acontecer alguma coisa mais para frente.

J:- Lá na comunidade tem muita diferença em termos de adaptação ou de a pessoa ser mais independente ou ser mais dependente, há muita diferença lá na comunidade?

I:- Como assim?

J:- Por exemplo, em termos de falar a língua ou de ter contato com as pessoas de fora da comunidade, tem muita gente lá que não tem esse contato, que é mais fechada?

I:- Tem uns que são mais abertos, conversam mais, tem uns que já ficam mais escondidos no fundo da aldeia. Então, na verdade tem muita gente que fica nos paióis no meio do mato, então o nosso medo mesmo é esse aí, de que aconteça alguma coisa, de que eles saíam lá no meio da linha. A gente tenta orientar...

J:- Tem alguns índios que são mais difíceis de orientar, de entender o perigo?

I:- Sim.

J:- Tem lá, algum problema de sinalização?

I:- Nos cruzamentos?

J:- Sim.

I:- A sinalização até que dá para entender, só que para alguns é a mesma coisa de não ser nada, eles olham e não entendem.

J:- Eles não entendem a sinalização?

I:- **É muito difícil quem entenda uma sinalização daquelas.**

J:- De qualquer forma, o senhor sabe se alguém já foi preso lá por roubo de carga ou acusado, tanto entre vocês ou fora da aldeia?

I:- O que eu me lembro, acho que foi o Alcindo, parece que andaram prendendo alguns lá, mas foi de fora.

J:- Alcindo, ele é de fora?

I:- Ele é da Gersepa, ele andou pegando um cara por lá...

J:- Ele pegou alguém, mas alguém de fora da comunidade?

I:- Sim.

J:- Os funcionários da ALL entram na comunidade para mexer na linha férrea?

I:- Dentro da aldeia ou na linha?

J:- Eles andam no meio da terra ou só nos trilhos?

I:- Sempre alguém passa por ali, não sei se vão trabalhar ou vão dar uma olhada.

J:- E há algum problema ou conflito nisso.

I:- Não, até que nisso não, o problema nosso é a linha mesmo.

J:- O problema maior é a questão dos roubos ou os acidentes?

I:- **Os roubos e acidentes que nós temos medo que aconteçam, daí os índios já não entendem muito bem e aí vão querer arrumar confusão, aí vai ficar para mim, como cacique e para quem é dono da linha. Como os índios são complicados de mexer, fica complicado até para eu mesmo lidar com eles, então eles têm que evitar esse tipo de coisa.**

J:- Vocês chegaram a discutir alguma opção caso eventualmente não seja possível tirar a linha do trem? Vocês já chegaram a até fazer algum tipo de sugestão para alguém, chegaram a conversar com o Ministério Público, com o governo ou com alguém? Outras opções foram colocadas ou para vocês é mais a questão de tirar a linha mesmo?

I:- Nós já conversamos, acho até que foi com a Luciana, que se conseguisse tirar para nós seria bom, mas não sei se sei, nós sugerimos de tirar ou mudar dali.

J:- Passo a palavra ao Ministério Público Federal.

M:-Boa tarde, Marcos.

I:- Boa tarde.

M:-Ali no local da linha férrea é uma área de preservação, é de cultivo, o que ali para os índios?

I:- Ali na verdade não é nem de preservação e nem de cultivo, porque não tem como cultivar nada na beira da linha, é uma área para nós sem serventia.

M:-Onde está a linha no momento?

I:- Isso. Aí não tem como fazer nada.

M:-O senhor sabe dizer o que foi retirado dali, tinha alguma espécie de madeira, de árvore que vocês manejam ali, que tipo de árvore tem em volta dali?

I:- Isso eu não sei dizer que madeira tinha ali na época que foi tirada para a construção da linha, eu não sei dizer.

M:-Mas em volta?

I:- Na época tinha muito pinheiro, mas eu não sei se foi tirado pinheiro ou alguma outra madeira branca, tem vários tipos de madeira ali.

M:-As crianças da comunidade costumam ficar próximas da linha do trem, quando os trens estão parados elas vão lá também, sobem em cima, o senhor sabe dizer?

I:- **Sei dizer que elas sempre estão perto da linha, às vezes acompanhando alguém que está trabalhando.**

M:-O senhor sabe dizer se teve uma situação em que uma criança ou adolescente indígena subiu no trem e veio parar aqui em Apucarana?

I:- Não estou sabendo disso aí não.

M:-Há um ponto de desvio ali, os trens ficam muito tempo parados ali?

I:- Às vezes eles param e ficam uns quinze ou vinte minutos ali.

M:-O senhor mencionou um acidente com tombamento recente de vagão e um atropelamento que o senhor se lembra na infância. Teve algum caso em que o trem tombou e chegou a pegar fogo, o senhor se recorda?

I:- Sim, eu me lembro desse, só que...

M:-Em que houve uma explosão também. É o mesmo que o senhor mencionou?

I:- Esse é outro, foi mais para frente.

M:-Esse foi mais grave?

I:- Foi mais grave.

M:-O senhor chegou a ver?

I:- Na verdade eu nem fui lá ver, foi mais as lideranças que acompanharam isso aí.

M:-Na época o senhor não era cacique?

I:- Na época eu não era cacique.

M:-E quando há uma acusação assim para os índios, de que estão roubando cargas da ALL que são transportadas, qual é o sentimento para vocês?

I:- **Quando acontece um roubo em que acusam os índios, a gente fica triste, porque a gente sabe que se for um índio nós temos como punir um índio e se for um branco não temos como punir um branco, nós temos a nossa lei lá dentro. Então, fica ruim para nós, eu sei que os índios não mexem.**

M:-Os índios se sentem ofendidos com isso?

I:- **Muito ofendidos, muita gente ali fica bastante ofendida.**

M:-Nesse trajeto da linha ali, há algum tipo de vigilância pela ALL, eles oferecem algum tipo de segurança ou orientação para os índios ou os trens passam e não fica ninguém ali?

I:- **Não fica ninguém.**

M:-Tem cancelas ou algum tipo de proteção para não ter acesso à linha ou não?

I:- **Não.**

M:-O senhor sabe dizer se teve algum fato relacionado à acusação de roubo que gerou um conflito em índios ou não-índios que acabou gerando alguma tentativa de homicídio ou homicídio em si?

I:- **Sim, na verdade eu até tirei um índio dali porque nós suspeitamos que ele estivesse junto com os brancos e daí teve esse conflito. Nós achamos melhor mudar ele de aldeia para ver se era isso mesmo e na verdade eu acho que ele não estava roubando junto, nós tiramos para evitar confusão.**

M:-Para finalizar, o senhor como liderança da comunidade pode confirmar que essa situação da linha do trem causa muitos problemas para a comunidade?

I:- **Sim, para nós causa muito problema.**

M:-Gera conflito entre os senhores.

I:- **Gera conflito porque às vezes a gente não quer impedir de ir para lá para fazer as lavouras, só que o único lugar que tem para fazer lavoura é perto da linha. Na verdade, para cá nós só temos capinzal e eles têm que ir para lá e se impedir eles de irem para lá gera conflito, porque eles querem ir e eles têm o direito de plantar onde quiserem, porque ali é tudo dentro da aldeia indígena.**

M:-Satisfeito Excelência, obrigado.

Portanto, com relação à ocorrência do dano moral coletivo à comunidade indígena de Queimadas, entendo-o configurado na medida em que as acusações de furtos das composições, durante as paradas no 'ponto de desvio' ou 'pátio de cruzamento', acabam reforçando o preconceito dos indígenas perante a comunidade local, causando um mal-estar coletivo e constrangimento moral aos indígenas, abalando a identidade cultural do grupo, sem contar a potencialidade dos acidentes, especialmente com as crianças.

Ademais, a moderna doutrina ambiental consagra a teoria das presunções fáticas quanto à ocorrência do dano moral ambiental. Annelise Monteiro Steigleder (**Responsabilidade Civil Ambiental**. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pg. 148), muito bem preceitua o tema: 'A respeito do sofrimento, e especialmente a sua prova, entendemos que são inexigíveis para a configuração do dano extrapatrimonial, já que as vítimas são indetermináveis. Haverá situações em que se perceberá uma certa comoção, mas esse elemento não deve ter um peso decisivo para a configuração do dever de indenizar, já que a revolta da comunidade quanto ao dano depende do seu grau de informação e de sua capacidade de mobilização. Por isso, os valores imateriais associados ao bem ambiental degradado devem ser analisados de forma abstrata, examinando-se aspectos como a perda de bem-estar proporcionada pelo bem ambiental, seu valor de existência, e a perda da chance das gerações futuras conhecerem o bem'.

No julgamento do Resp 1057274/RS (DJe 26/02/2010), a Ministra Eliana Calmon destacou que: O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

Não há nenhuma dúvida no tocante ao nexo causal, pois é a exploração econômica da concessão do serviço público do transporte ferroviário, cuja linha férrea corta a T.I. Queimadas, responsável pelos incidentes à comunidade indígena, denotando a existência da causalidade entre conduta e o dano moral ocasionado ao grupo indígena Kaingang.

As seguintes circunstâncias devem ser sopesadas na fixação do quantum indenizatório: (i) os acidentes ocorridos e a potencialidade de que novos possam ocorrer, além das acusações pelos furtos das cargas dos vagões durante as paradas no interior da terra indígena, causas de constrangimento moral aos indígenas; (ii) o caráter repressivo-preventivo que informa a responsabilização pelo dano moral coletivo, cuja previsão não apenas objetiva compensar a coletividade, como também visa punir aquele que violou interesse metaindividual; (iii) o prazo de vigência da concessão de trinta (30) anos; (iv) a notória capacidade econômica da concessionária ALL.

Logo, sopesando-se todas as circunstâncias que envolvem o caso, e forte no princípio da precaução, entendo que o valor pleiteado na inicial, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), é justo para reparar os danos morais aos índios Kaingang da TI Queimadas.

Metade desse valor deverá reverter em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos previstos nas Leis n. 7.797/89 e 7.347/85, e o restante

deverá permanecer bloqueado até a Comunidade Indígena estabelecer critérios para a correta utilização dos recursos a serem encaminhados à supervisão da FUNAI e do MPF, nos termos da manifestação da FUNAI do ev. 287.

O valor deverá ser corrigido pelos índices da Tabela de Correção Monetária do Conselho da Justiça Federal, a partir desta data, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do novo Código Civil e do enunciado nº 20, do CJF: 'A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês'), a partir da citação.

II.3.4) da instalação de cancelas e placas de sinalização em toda extensão da linha férrea por questões de segurança; da retirada da 'antiga vila' dos ferroviários e das ruínas da estação de embarque.

Tendo em vista os acidentes já ocorridos e a fim de se evitar que novos ocorram, considerando a dificuldade de inteligência de alguns indígenas e a maneira peculiar da percepção do perigo por parte das crianças indígenas, entendo perfeitamente viável a **obrigação de instalação de cancelas e placas de sinalização [inclusive em linguagem kaingang] em toda extensão da linha férrea por questões de segurança**, a fim de mitigar a vulnerabilidade da comunidade indígena de Queimadas.

Impende observar que a ALL apresentou um projeto de sinalização de passagem (ev. 214), onde consta:

Problemática:

- Furtos aos vagões parados em cruzamento;
- Estação vulnerável ao vandalismo e esconderijo de marginais;
- Falta de sinalização rodoviária na passagem;
- Falta de sinalização na língua Kaingang;
- Acusação aos índios pelos furtos nos trens;
- Pátio de cruzamento impossibilitado de mudança por se tratar de um ponto estratégico para operação;

-Proposta:

- A mais de um ano sem ocorrências no local - aproximação dos indígenas com nossa segurança no local;
- Fechamento das aberturas da estação em alvenaria, e revitalização da pintura do local;
- Implantação de sinalização para veículos e pedestres no local da passagem e de interferência da tribo nas línguas portuguesa e indígena.

A FUNAI salientou que o documento juntado aos autos não guarda compatibilidade com características de projeto da área de engenharia de tráfego, nos quais se exige projeto técnico devidamente assinado por profissional e apresentação da ART da elaboração do projeto devidamente registrada no CREA. Informou que não se pode afirmar se o documento satisfaz todas as necessidades de sinalização e recomendações de segurança cabíveis ao caso (ev. 227).

Entendo que a situação levantada pela FUNAI desborda dos limites da lide, mas nada impede, e tudo recomenda, que o problema seja equacionado pela liderança do DNIT com as demais partes envolvidas.

Ressalte-se que o projeto, além das propostas de melhorias já apresentadas pela ALL, deve-se adequar ao comando da presente decisão. Caso qualquer medida atendida pelo comando judicial, na prática, revele-se menos segura do que o esperado bastará não executá-la, porquanto, à luz do disposto no artigo 569 do Código de Processo Civil, o credor tem a livre disponibilidade da execução, podendo dela desistir a qualquer tempo, independentemente da concordância do(s) executado(s).

Referida obrigação, que está relacionada a bens operacionais, fica a cargo do DNIT, por força do art. 8º da Lei 11.483/2007, e da ALL, concessionária do serviço público a quem compete prestá-lo de maneira adequada, eficiente e segura.

Quanto ao pedido de retirada da 'antiga vila' dos ferroviários e das ruínas das estações Ortigueira e Bairro dos França, conforme reivindicação dos indígenas na Nota Antropológica nº 13/2009, as provas dos autos confirmaram que esses imóveis abandonados trazem inúmeros problemas aos indígenas.

Dessa forma, **entendo que o pedido merece ser atendido**, ante a ausência de manifestação pelos órgãos responsáveis acerca do interesse histórico destes imóveis.

Com efeito, a Secretaria do Patrimônio da União/PR esclareceu, no evento 249, que da parte daquela SPU/PR inexistiu óbice para a retirada das benfeitorias, alertando que de acordo com a Lei nº 11.483/07, caberia ao IPHAN a manifestação quanto ao interesse histórico e cultural daqueles imóveis.

O IPHAN, por sua vez, informou que não há em todo o município de Ortigueira, bens considerados como patrimônios históricos ou artísticos nacionais, tendo consultado a Prefeitura de Ortigueira sobre o interesse sobre referidos imóveis, mas não obteve resposta (eventos 237 e 259).

A Secretaria do Patrimônio da União/PR e o Superintendente do IPHAN do Paraná informaram que referidos imóveis encontram-se em áreas operacionais (eventos 249 e 259).

Portanto, a obrigação de tal retirada também é do DNIT e da ALL. (grifei)

No tocante às preliminares arguidas e à pretensão do órgão ministerial à retirada da linha ferroviária instalada na localidade há mais de trinta anos, não há reparos a sentença, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

A despeito de não ter sido imposta condenação específica à União, sua legitimidade passiva *ad causam* resta evidenciada pelo objeto da lide, que envolve um plexo de relações jurídicas de sua titularidade, com potencialidade de afetar o patrimônio público e interesses federais.

O mesmo diga-se em relação ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, porque é o órgão competente para a instalação de cancelas e placas de

sinalização em toda extensão da linha férrea, por questões de segurança, e a retirada da antiga vila dos ferroviários e ruínas da estação de embarque, medidas que se referem a bens operacionais, transferidos a ele, por ocasião da extinção da RFFSA (art. 8º da Lei n.º 11.483/2007)

Além disso, tais providências mostram-se necessárias, tendo em vista os acidentes já ocorridos e a fim de evitar que outros aconteçam, afora os problemas ocasionados aos indígenas em decorrência do abandono dos imóveis.

Não bastassem esses argumentos, o Supremo Tribunal Federal interpretando o art. 231 e §§ da CF/88 também fixou orientação, 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, 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.'** (STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24/09/2009 PUBLIC 25/09/2009 - grifei).

O direito à posse e usufruto das terras é relativizado pelo relevante interesse público (art. 231, § 6º, da CRFB), e a titularidade de seu domínio pela União (art. 20, inciso XI, da CRFB) torna inadequada a figura da servidão (art. 1.378 do Código Civil) em favor da prestação de um serviço público federal.

Ainda prefacialmente, impende assentar que os argumentos deduzidos pela Concessionária para respaldar a alegação de sua ilegitimidade passiva *ad causam* - quais sejam, o de que não foi responsável pela definição do local de instalação e construção da ferrovia, nem participou das tratativas que resultaram no acordo firmado mais de vinte anos antes do início da concessão outorgada pelo Poder Público - dizem com o próprio mérito da lide e assim serão examinados. Para efeito de direcionamento da ação, basta existir relação de pertinência subjetiva entre o demandado e o pedido formulado na inicial, sendo aqui pretendido pelo MPF a responsabilização da Concessionária pelos danos que afirma serem causados pelos serviços de transporte ferroviário por ela prestados ainda hoje.

Também a afirmação de que o órgão ministerial carece de interesse processual não procede, porque, embora a passagem da ferrovia em terra indígena tenha contado com a

anuência do Cacique e a assistência da Funai, o pleito indenizatório formulado na inicial está fundado na "insuficiência" das medidas compensatórias acordadas no passado e do valor anteriormente pactuado.

Não obstante, a sentença merece reforma, no que tange à fixação de indenização por danos materiais e morais que teriam sido impingidos à Comunidade das Terras Indígenas Queimadas.

Conquanto ponderáveis os fundamentos alinhavados pelo juízo *a quo*, não há como desconsiderar a preexistência de acordo, entabulado entre a RFFSA e a Comunidade Indígena, com a assistência da FUNAI, que teve por escopo justamente indenizar a referida Comunidade pelo uso permanente da área compreendida pela faixa de segurança da via férrea, e, pelo que consta nos autos, foi devidamente cumprido.

Com efeito, em 29/08/1986, foi firmado o Protocolo de Intenções entre a Comunidade Indígena de Queimadas - representada pelo Cacique Atanazildo Guilherme, com assistência da FUNAI, por meio do Superintendente Executivo Regional da 1ª Região, Edívio Battistelli - e a RFFSA, representada pelo Bel. Roberto Odier Masteck Correia (evento 41, OUT3, fls. 22/24, dos autos originários).

Tal avença previa as seguintes obrigações por parte da RFFSA:

a) a abertura de uma estrada sem pavimentação, na extensão de 8 (oito) km, para o acesso precário a uma área integrante da reserva, situada atrás da estação de Ortigueira, a ser construída por tratorista contratado sob a responsabilidade da Comunidade;

b) a construção de um ambulatório médico, com área aproximada de 60 (sessenta) m², constituído de uma sala de espera, um consultório, uma sala de curativos, dois quartos e um banheiro;

c) a construção de três pequenas represas para tanques de piscicultura, cujas obras seriam contratadas e administradas pela própria comunidade;

d) a construção de um pátio para a secagem de grãos, com contrapiso de cimento alisado, medindo 10m x 12m, e

e) a construção de um depósito para disposição de cereais, medindo 89m².

O próprio juízo *a quo* reconheceu que (1) *em 29/08/1986, houve, de fato, a celebração de um protocolo de intenções e um termo aditivo, entre a Comunidade Indígena Queimadas e a RFFSA (ev. 41, OUT5, pg. 32/34), cujos pontos acertados aparentemente foram cumpridos (ev. 41, OUT5, pg. 36/40), (2) tal protocolo visou contornar uma situação específica, já que os indígenas estavam protestando contra acidentes ocorridos e vinham obstruindo a passagem dos trens, e (3) após a celebração do referido pacto, os indígenas formularam*

"novas" reivindicações, inclusive o pagamento de R\$ 180.000,00, por ano, pela passagem da estrada de ferro no interior da terra indígena, o que foi recusado (ev. 41, OUT 5, pg.41/49).

Todavia, para amparar a assertiva de que *esse protocolo foi insuficiente para fazer as devidas correções e reparações, não aplacando as reivindicações dos silvícolas* - porque não houve um trabalho investigativo dos reais prejuízos experimentados pela Comunidade Indígena em cotejo com o impacto do empreendimento ferroviário, não foram estabelecidos os prejuízos que estavam sendo cobertos ou indenizados e não contemplou as gerações futuras e não houve qualquer entendimento sobre a questão da segurança e prevenção de acidentes na T.I. *Queimadas* -, reportou-se ao depoimento da antropóloga do MPF, Luciana Maria Moura Ramos, que, s.m.j., não serve a esse desiderato, porque ela (1) admitiu desconhecer as bases do acordo realizado anteriormente e se houve ou não a doação de algum bem ou valor, (2) disse que existem algumas benfeitorias na localidade, mas não poderia afirmar se foram realizadas pela ALL, *por exemplo, provavelmente o posto de saúde deve ter sido pelo Governo Federal através da Funasa ou das instituições*, (3) disse que *Eles têm uma produção lá junto com a missão, mas eu não teria condições de afirmar o que foi feito pela ALL ou a RFFSA, como ele disse que foi feito no protocolo de intenções, e o que não, mas existem algumas estruturas sim dentro dessa terra indígena, mas eu não lembro*, e (4) declarou que desconhece se houve pagamento de algum tipo de indenização em pecúnia para a comunidade indígena.

A par disso, quer me parecer que a afirmação de que o acordo celebrado anteriormente não afasta o interesse processual do autor, *até porque não contemplou uma indenização propriamente dita, além de poucas benfeitorias, pelas limitações de caráter permanente na terra indígena, que já vem ocorrendo há quase quarenta anos*, não é exata. A indenização acordada consistia na construção de benfeitorias em favor da Comunidade Indígena, cujo custo alcançava soma equivalente ao valor integral da área ocupada, considerada a média dos preços de mercado vigentes para terras com características semelhantes (cláusula 4ª). Constatou, ainda, no referido termo, que o pagamento dar-se-ia pelo direito de uso permanente da área compreendida pela faixa de segurança da via férrea (cláusula 3ª), e, caso o custo das benfeitorias elencadas não atingisse o valor de mercado da área ocupada, outras seriam realizadas, até a integralização da soma total (cláusula 7ª).

Tal avença, repita-se, foi cumprida pela RFFSA, conforme indicam os documentos acostados à contestação (OUT3, OUT4 e OUT5 - evento 41 do feito originário). O memorando n.º 02/86-ASI/5 informou, em 02/02/1987, que, em atendimento ao que havia sido ajustado, a RFFSA já teria instalado o canteiro de obras e iniciado as obras do

ambulatório e do depósito de cereais, assim como procedera à terraplanagem da estrada, que se encontrava em fase de conclusão (OUT4, fl. 14 - evento 41 do feito originário). Em complemento, o memorando nº 03/ASI/SR-5/87 registrou que, em 24/04/1987, as obras pactuadas estavam concluídas em sua totalidade (evento 41, OUT4, fl. 18, feito originário).

Nesse contexto, não há como admitir a revisão do acordo celebrado entre a Comunidade Indígena e a RFFSA em 1986, depois de decorridos mais de trinta e oito anos, ainda que se argumente que não foi observado o procedimento-padrão - qual seja, fazer uma avaliação de restrição de uso da área - e não houve o acompanhamento das instituições que deveriam estar presentes.

À luz do princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, afigura-se infundada a pretensão à fixação de nova indenização à Comunidade Indígena, pelo mesmo fato - qual seja, a passagem de ferrovia pela área da Terra Indígena Queimadas, construída na década de 1970 -, sob pena de grave comprometimento da estabilidade das relações jurídicas. Destarte, não é razoável que se aceite, depois de tão longo período, que a avença pactuada entre as partes em 29/08/1986 - que representou um razoável dispêndio financeiro por parte da RFFSA, haja vista que o montante da indenização foi estabelecido com base no valor de mercado da área utilizada pela ferrovia - venha a ser desconsiderada.

Nem se extrai da regra estatuída no artigo 231, § 4º, da CRFB ("*As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas [posse e usufruto], imprescritíveis*"), o amparo legal para revisão das bases do acordo indenizatório firmado em 1986.

Repare-se que o que está em discussão nesta ação é o direito da Comunidade indígena local à percepção de indenização pela prática de ato qualificado pelo MPF como "ilícito" (qualificação, aliás, questionável, porquanto já consolidado pelo e. Supremo Tribunal Federal o entendimento 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, 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* - STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24/09/2009 PUBLIC 25/09/2009), e não ao recebimento de remuneração (mensal)

pelo uso da terra ou "servidão" (o que também é questionável, tendo em vista que o domínio da área é da própria União, tendo o e. STF assentado no precedente antes citado que, em relação às terras indígenas, os índios e suas comunidades não podem *interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas*).

Nessa perspectiva, ainda que fosse admitido o caráter "ilícito" da instalação da ferrovia em terra indígena, não se poderia - s.m.j. - reconhecer a responsabilidade por sucessão da Concessionária, porque é cediço que a sucessora não responde pelos atos ilícitos praticados pela sucedida (art. 2º, inciso I, da Lei n.º 11.483/2007).

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE FERROVIÁRIO. CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE PASSAGEIROS. FLUMITRENS E SUPERVIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA SUPERVIA PARA RESPONDER POR ILÍCITOS ATRIBUÍDOS À FLUMITRENS.

1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, ficam aprovadas as seguintes teses: I) **a concessão da exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros em favor da SUPERVIA, mediante prévio procedimento licitatório, não implicou sucessão empresarial entre esta e a FLUMITRENS;** II) **a SUPERVIA não tem legitimidade para responder por ilícitos praticados pela FLUMITRENS à época em que operava o serviço de transporte ferroviário de passageiros.**

2. Recurso especial da concessionária provido, com sua exclusão do polo passivo da execução.

(STJ, 2ª Seção, REsp 1120620/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 24/10/2012, DJe 29/10/2012 - grifei)

Por idênticos fundamentos, é de se afastar a indenização por danos morais coletivos.

Quanto ao ponto, o juízo *a quo* adotou a teoria do risco integral, que prescinde de comprovação de culpa, entendendo configurado o dano moral, *na medida em que as acusações de furtos das composições, durante as paradas no 'ponto de desvio' ou pátio de cruzamento, acabam reforçando o preconceito dos indígenas perante a comunidade local, causando um mal-estar coletivo e constrangimento moral aos indígenas, abalando a identidade cultural do grupo, sem contar a potencialidade de acidentes, especialmente com crianças.*

Sobre a responsabilidade civil, dispõe o Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A configuração da responsabilidade objetiva depende do concurso dos seguintes elementos: (a) ação ou omissão, (b) existência de dano e (c) nexo causal.

Assentadas essas premissas, forçoso reconhecer que, apesar de factível a existência de um sentimento de injustiça e menosprezo experimentado pelos indígenas, que teria se originado de falsas acusações de furto e depredações na linha férrea, não há qualquer comprovação de ação ou omissão, por parte das rés, que respalde sua condenação, em decorrência de tais eventos.

Poder-se-ia, inclusive, questionar a responsabilidade da Concessionária por tais indenizações, uma vez que a ferrovia foi construída na década de 1970, o acordo - considerado "insuficiente" para a reparação dos danos causados aos indígenas - foi firmado entre a Comunidade e a RFFFSa, a ALL iniciou a exploração da via férrea em março de 1997, por força de concessão de um serviço público (e não na condição de sucessora da RFFSA - art. 5º da Lei n.º). Se, por um lado, cabe à Concessionária a constituição de servidões, previamente autorizadas pelo Poder Concedente, durante a vigência da concessão, e o pagamento de indenizações decorrentes dessa atividade (arts. 25 e 29 da Lei n.º 8.987/95 e cláusula 9.1 do contrato de concessão); por outro, é certo que ela não foi responsável pela construção da ferrovia em questão, tendo sido excluída sua responsabilidade por fatos e atos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão no Edital de "privatização" da malha ferroviária (STJ, 2ª Seção, REsp 1120620/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 24/10/2012, DJe 29/10/2012)

Por tais razões, resta prejudicada a alegada configuração de sentença *extra petita*, relativamente à definição da indenização por danos materiais e morais e partilha do montante fixado.

Remanesce para análise a pretensão da Concessionária à ampliação da tutela antecipada anteriormente deferida, com a determinação de (1) abstenção de qualquer ato atentatório ao exercício de sua posse, em toda a extensão da ferrovia, inclusive quanto ao tráfego das composições férreas e à segurança das cargas e dos funcionários, sob pena de aplicação de multa em desfavor de cada participante ativo eventualmente identificado e, na impossibilidade de proceder-se a essa individualização, em desfavor da Associação Comunitária Indígena Queimadas; (2) atuação efetiva da força policial, para assegurar que não sejam praticados atos ilícitos ou atentatórios, e, uma vez desocupada a ferrovia, não venha a ser novamente invadida pelos mesmos motivos, e (3) adoção - pelo MPF e FUNAI - de

medidas de gestão junto à Comunidade Indígena, a fim de conter os movimentos atentatórios mencionados, sob pena de multa.

Não obstante a alegação do Ministério Público Federal de que esses pedidos não guardam semelhança com o pedido principal da ação civil pública, a adoção de medidas acautelatórias - pretendida incidentalmente pela Concessionária - visa à proteção do bem jurídico objeto da lide, tendo sido afirmado que os atos atentatórios a incolumidade do patrimônio público tiveram início com o ajuizamento da demanda, o que justifica sua apreciação nesta lide. Ademais, não há como desconsiderar que, enquanto o autor pretende, com a ação civil pública, a extinção e retirada da ferrovia, sob o argumento de que sua localização é irregular, a ré pretende sua manutenção, requerendo proteção contra supostos atos de vandalismo praticados pela Comunidade indígena local.

No mérito, contudo, é de se acolher em parte o pleito.

As noticiadas ações delituosas praticadas na linha férrea que transpassa a Terra Indígena não podem ser imputadas, de plano, aos indígenas que residem naquela comunidade, mostrando-se precipitada a ordem de abstenção de ato atentatório ao exercício de posse da ALL, inclusive com fixação de multa pelo descumprimento, ante a inexistência de elementos que autorizem a identificação de seus autores.

Em que pese reconheça a peculiaridade da situação fática retratada nos autos, os eventos não autorizam a alteração do quanto decidido, transcrevendo-se, para evitar desnecessária tautologia, os argumentos que fundamentaram a parcial antecipação de tutela:

(...)

II - Pretende a autora provimento que determine a utilização de força policial, com eventual auxílio da FUNAI, sempre que for necessário para conter/impedir a prática de atos de vandalismo e furto por pessoas indeterminadas contra a linha férrea.

Os atos mencionados, contudo, já contam com a possibilidade de proteção policial, não havendo necessidade de requisição por esse juízo, uma vez que é dever da Polícia atuar no combate e investigação de crimes e depredação de patrimônio público e privado. Noticiada a ocorrência de infração (boletins de ocorrência), incumbe ao órgão competente adotar as providências necessárias, não havendo prova nos autos da alegação omissão.

Ademais, a autora não especificou o modo pelo qual intenciona que se dê a atuação policial. Além de impraticável a requisição de força policial para coibir eventos futuros e incertos que, via de regra, ocorrem clandestinamente, os elementos probatórios não respaldam a intervenção do Judiciário, com a determinação de presença policial constante e ostensiva no local.

Não obstante, é recomendável que os agentes da FUNAI gestionem, junto à população indígena assentada nas proximidades, a adoção de medidas

que impeçam a prática de novos atos de depredação da ferrovia, locomotivas e saques das cargas transportadas pela ALL.
(...) (grifei)

Outrossim, os órgãos federais que lidam com conflitos dessa natureza - FUNAI, Ministério Público Federal e Polícia Federal - devem convergir esforços para solucionar em definitivo os problemas noticiados pela Concessionária às autoridades locais.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. AMEAÇA DE CONFLITO ARMADO ENTRE ÍNDIOS E POSSEIROS. LIMINAR CONCEDIDA EM OUTRA AÇÃO CAUTELAR PARA SUSPENDER A OPERAÇÃO DE RETIRADA DOS POSSEIROS. PEDIDO DE REVERSÃO. 1. No julgamento do MS 25.483, o Supremo Tribunal Federal assentou que é própria das vias ordinárias a discussão acerca dos aspectos fáticos e técnicos que envolvem a posse, a utilização e as eventuais indenizações atinentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 2. A área ocupada pelos agricultores renitentes representa parte mínima de toda a reserva e situa-se em região próxima à fronteira do País, o que faz com que a matéria ganhe contornos de defesa da soberania nacional. 3. **A ameaça de conflito entre as partes interessadas diz respeito à segurança pública, que é "dever do Estado", a ser exercido pelos órgãos próprios "para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio"** (art. 144 da Constituição Federal). 4. Medida cautelar indeferida.

(STF, AC 2014 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2008, DJe-186 DIVULG 01/10/2009 PUBLIC 02/10/2009 - grifei).

Em face do disposto nas súmulas n.ºs 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explico que a decisão não contraria nem nega vigência às disposições legais/constitucionais prequestionadas pelas partes.

Em razão do exposto, voto por dar parcial provimento à apelação da Concessionária e por negar provimento às apelações da União e do DNIT.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004044-33.2012.4.04.7202/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

APELANTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI (AUTOR)

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

APELADO: LUDESA ENERGETICA S.A. (RÉU)

ADVOGADO: ALESSANDRO MENDES CARDOSO

APELADO: INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA - IMA - NOVA DENOMINAÇÃO DO FATMA (RÉU)

DATA DA DECISÃO: 23/08/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PEQUENA CENTRAL DE ENERGIA ELÉTRICA. ÁREA EM DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. MANUTENÇÃO DA INSTALAÇÃO E DA OPERAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

Em que pese a histórica sujeição dos povos indígenas pelos povos brancos, o fato hoje é que o território nacional abarca ambas as populações e devem as instituições, a par de garantir a demarcação das terras historicamente indígenas como forma de reparação das injustiças e danos sofridos no passado, promover a busca pela convivência pacífica, harmoniosa e em constante progresso, cada qual a seu ritmo e preservando reciprocamente suas crenças e seus direitos.

A construção, instalação e operação de pequena central elétrica, que ocupa parte ínfima da área objeto de estudo e demarcação de terra indígena, deve ser resguardada em prol do interesse público e coletivo, inclusive do próprio povo indígena.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela FUNAI contra sentença que julgou improcedente AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada contra LUDESA ENERGÉTICA SA. e FATMA, a qual visava à nulidade de Licença de Operação de empreendimento hidrelétrico emitido por órgão, em tese, incompetente e sem ter considerado o componente indígena local (TI Toldo Imbú). Entendeu o MM Juízo de primeiro grau, em síntese, que o procedimento para obtenção de licença ambiental para operação de uma pequena central hidrelétrica seria simplificado e que o empreendimento ocasionaria apenas impactos locais, sendo a atribuição para a sua análise da FATMA e não do IBAMA.

Ademais, destacou que, não tendo sido concluído o processo de demarcação, não deve ser acolhida a pretensão do Ministério Público Federal de invalidar o licenciamento ambiental sob o fundamento de que afetaria área indígena.

A FUNAI, que figura no polo ativo em litisconsórcio com o MPF, apela apontando, em síntese, que a demarcação de terra indígena é declaratória e não constitutiva, e que a TI Toldo Imbú já foi declarada por decreto, faltando exclusivamente homologação presidencial, do que indispensável a autorização do Congresso Nacional para exploração de recursos hídricos em terra indígena, indispensável a oitiva prévia da comunidade sobre o empreendimento e indispensável o licenciamento por órgão ambiental federal e não local.

Pelos mesmos fundamentos, apela o MPF. Sustenta, assim, que deve ser decretada a nulidade da Licença de Operação da Estação Hidrelétrica local, devendo ser refeito o licenciamento pelo IBAMA, com a oitiva do povo indígena local, devendo ser deliberada a exploração pelo Congresso Nacional. Aduz a necessidade de que seja realizado estudo e levantamento por equipe multidisciplinar dos danos já causados e a serem causados, cujo custo deve ser suportado pelo empreendedor e, durante todo este trâmite, a operação da hidrelétrica deve ser suspensa.

Oportunizado prazo para contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Parecer do MPF pelo provimento de ambos os recursos.

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

A Constituição Federal reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas. É o que dispõe o § 1º do art. 231 da Carta Constitucional:

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.

Do texto extrai-se que a intenção do legislador originário foi proteger não só as terras efetivamente habitadas pelos índios em caráter permanente, mas também 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.

Cumpra assim, à UNIÃO e à FUNAI, promoverem o processo demarcatório, mediante regular processo administrativo, a fim de delimitar o território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas.

A primeira portaria para o início dos estudos de identificação e delimitação da TERRA INDÍGENA TOLDO IMBÚ, data de 1993, sob o nº 582, após elaboração do Relatório de Identificação e Delimitação de Terra Indígena ser elaborado pelo respectivo Grupo de Trabalho constituído para o estudo. A demarcação originária abarcava área de cerca de 2.000ha no Município de Abelardo Luz/SC. Em 1998, foi publicada a Portaria nº 763 constituindo novo GT. Os estudos foram aprovados pela FUNAI em 2001 e publicados no respectivo DO de 12/01/2001, reconhecendo os estudos de identificação da terra indígena como de ocupação tradicional do Povo Kaingang, com a determinação de que a publicação fosse afixada na sede da Prefeitura Municipal de Abelardo Luz. No anexo desse despacho, consta o resumo do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbú, inclusive com mapa e memorial descritivo da delimitação (Evento 1 – RELT21 e Evento 141 – OUT1). A Portaria pende de homologação presidencial, última etapa do procedimento demarcatório, conforme Decreto nº 1.775/96.

A TI TOLDO IMBU encontra-se nas proximidades da TI XAPECÓ, do que se depreende que toda a região é marcada por ocupação indígena em processo de consolidação legal.

Em que pese a histórica sujeição dos povos indígenas pelos povos brancos, o fato hoje é que o território nacional abarca ambas as populações e devem as instituições, a par de garantir a demarcação das terras historicamente indígenas como forma de reparação das injustiças e danos sofridos no passado, promover a busca pela convivência pacífica, harmoniosa e em constante progresso, cada qual a seu ritmo e preservando reciprocamente suas crenças e seus direitos.

Conforme site da ELETROBRÁS, *"A eletricidade se tornou a principal fonte de luz, calor e força utilizada no mundo moderno. Atividades simples como assistir à televisão ou navegar na internet são possíveis porque a energia elétrica chega até a sua casa. Fábricas, supermercados, shoppings e uma infinidade de outros lugares precisam dela para funcionar. Grande parte dos avanços tecnológicos que alcançamos se deve à energia elétrica. Obtida a partir de todos os outros tipos de energia, a eletricidade é transportada e chega aos*

consumidores no mundo inteiro por meio de sistemas elétricos complexos, compostos de quatro etapas: geração, transmissão, distribuição e consumo".

As Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) são usinas hidrelétricas de tamanho e potência relativamente reduzidos, conforme classificação feita pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em 1997. Esses empreendimentos têm, obrigatoriamente, entre 5 e 30 megawatts (MW) de potência e devem ter menos de 13 km² de área de reservatório. Apesar do nome, que carrega o “pequenas” e seu peso pouco atrativo, as PCHs são hoje responsáveis por cerca de 3,5% de toda a capacidade instalada do sistema interligado nacional.

Especificamente em relação à PEQUENA CENTRAL HIDRELÉTRICA - PCH LUDESA, verifica-se que, em 17 de maio de 2001, a FATMA forneceu a Licença Ambiental Prévia–LAP N° 091/01, referente à capacidade de geração de energia elétrica da usina existente, totalizando 9MW. Em prosseguimento, o titular do empreendimento solicitou à ANEEL autorização para procedimentos de “Estudo de Projeto Básico da PCH–São Domingos, Sub–Bacia 73”, protocolado sob o número 48500003572 / 01-36. A ANEEL aprovou tal pleito em 29/11/2001. Posteriormente, com a proposta de mudança no potencial gerado para 28 MW, a LUDESA apresentou à FATMA pedido de adequação da LAP n° 091/01, mediante apresentação de novo Relatório Ambiental Simplificado–RAS1, nos termos da Resolução CONAMA n° 279/2001.

No Relatório Ambiental Simplificado–RAS foram avaliados os aspectos e impactos socioambientais (meios físico, biótico e social) relacionados ao empreendimento, sendo verificada a existência de comunidades indígenas fora da área do empreendimento.

Em 17/12/2002, a ANEEL concedeu à LUDESA ENERGIA S/A. o aproveitamento do potencial hidráulico do Rio Chapecó, na divisa entre os Municípios de São Domingos, Abelardo Luz e Ipuacú/SC, através da Resolução Autorizativa n° 705/02. A Resolução Autorizativa n° 533/06 da ANEEL, por sua vez, decretou a área do empreendimento como sendo de utilidade pública para fins de desapropriação e implantação/operação da respectiva Central.

Enfatize-se, tais atos não foram impugnados na exordial do MPF. Tais atos são, ademais, anteriores à Portaria n° 793/07 que declarou administrativamente a posse do grupo indígena Kainganga na TI TOLDO IMBU.

Em 14 de maio de 2007, a FATMA emitiu o Parecer Técnico 18/2007 avaliando os programas socioambientais, bem como as medidas de mitigação e controle dos impactos ambientais, concluindo pela regularidade do empreendimento. Em ato contínuo, na mesma

data, foi deferida e concedida a Licença Ambiental de Operação, conforme Certificado da LAO nº 056/2007, com validade de seis meses, a qual foi substituída pela LAO 105/2008 em 12.06.2008, com validade por quatro anos, prazo dentro do qual foi requerida sua prorrogação, estando então em plena operação, acarretando o alagamento de 2ha.

Em contrapartida, em 2010, o MPF instaurou o ICP nº 133002000092/2010-91 para verificar a existência de impactos ambientais e socioculturais sofridos pela comunidade indígena em razão de tal instalação, do que culminou a presente ACP.

Neste contexto tenho que devem ser analisados em conjunto e em mútuo respeito os direitos de todos os cidadãos envolvidos na celeuma em comento. A usina instalada tem potencial para abastecer 3000 residências nos municípios da região, ocupando área de 2ha da TI TOLDO IMBÚ, cuja demarcação é de área de 2.000ha e que, conforme breve síntese supra, demandou anos de estudo de seus efetivos limites. A usina, ademais, envolveu dinheiro público gasto em prol da comunidade e, considerando que os índios, a par de desenvolverem sua cultura milenar também abraçaram traços da modernidade, é inafastável que também farão bom uso da energia gerada em suas terras.

Assim, tenho que a sentença não merece retoques, já que o resultado prático hoje verificado no local é proporcionalmente mais benéfico a todos os envolvidos do que providenciar a suspensão de suas atividades por tempo indeterminado, gerando ainda maior insegurança em local no qual se sabe houve sérios e violentos enfrentamentos.

Assim, como razões de decidir, também adoto os fundamentos sentenciais, os quais peço vênha para transcrever, evitando tautologia:

b) Mérito

O Ministério Público Federal pleiteia, na presente ação civil pública: a) a anulação da Licença de Operação nº 105/2008 concedida à LUDESA ENRGÉTICA S.A para exploração do potencial hidrelétrico; b) a paralisação total das atividades da PCH LUDESA até que haja manifestação favorável do Congresso Nacional quanto à exploração de recursos hídricos em terras indígenas, na forma do art. CF/88; c) realização de consulta pública à população indígena afetada pela construção do empreendimento hidrelétrico, sobre a permanência e continuidade do funcionamento do empreendimento; d) a realização de estudos e levantamentos por equipe interdisciplinar, por conta do empreendedor, considerando os danos causados pelo empreendimento hidrelétrico à comunidade indígena afetada, com fixação de prazo específico para cumprimento, sob pena de fixação de multa diária.

A ação tem basicamente os seguintes fundamentos: a) as licenças ambientais foram emitidas por órgão ambiental incompetente - FATMA, quando a competência para tanto seria do IBAMA; b) a implantação e operação da PCH geraram impactos em território indígena, os quais sequer foram mencionados no Relatório Ambiental Simplificado - RAS elaborado pela FATMA; c) o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas depende de autorização do Congresso Nacional; d) qualquer intervenção em

terras indígenas deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas afetadas.

O julgamento de mérito da presente ação passa por duas questões fundamentais: i) primeiro, se a licença foi concedida por órgão com competência para tanto; ii) segundo, se a PCH Ludesa ocupa, ainda que parcialmente, terras indígenas, ou se ao menos afeta o meio ambiente ou o modo de vida das comunidades estabelecidas nesse território.

b.1) Licenciamento Ambiental - Pequena Central Hidrelétrica - Órgão Competente - FATMA -Relatório Ambiental Simplificado

Dispõe o art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

O art. 10 da Lei nº 6.938/81, recepcionado pela Constituição Federal e que regulamenta a exigência constitucional, prevê que a 'a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.'

Nos termos do § 4º desse dispositivo legal, revogado pela Lei Complementar nº 140/2011, porém vigente à época da concessão da licença, 'compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.'

Desses dispositivos se extrai que a atribuição para concessão de licenciamento ambiental é em regra do órgão estadual competente, tendo o IBAMA atuação meramente supletiva. Considerando a legislação vigente à época, somente obras de significativo impacto ambiental, e de âmbito ao menos regional, poderiam exigir licenciamento do IBAMA.

No caso da Pequena Central Hidrelétrica LUDESA, a área do reservatório corresponderia a aproximadamente 7 km² (700 ha), conforme se extrai do Relatório Ambiental Simplificado, das Licenças Ambientais Prévias - LAP nº 091/01 e Licenças Ambientais de Instalação - LAI nº 011/2004, 003/2005, assim como da Resolução nº 705, de 17/12/2002, da ANEEL (Evento 20 - REL11, p. 07, OUT18, 21, 23).

Embora o IBAMA tenha afirmado que haveria inundação de uma área um pouco superior (900 ha), tal informação se encontra isolada, não havendo indicação de quais os dados foram utilizados para tal conclusão (Evento 1 - PROCADM3, p. 18).

De acordo com a Resolução nº 705 da ANEEL, o potencial instalado da usina era de 26,2 MW, ampliado para 30 MW com o Despacho nº 423, de 03/03/2006.

A Resolução nº 652, de 09/12/2003, da ANEEL, estabelecendo os critérios para o enquadramento de aproveitamento hidrelétrico na condição de Pequena Central Hidrelétrica (PCH), definia como tal a usina com potência entre 1 e 30 MW, destinado a produção independente, autoprodução ou produção independente autônoma, com área do reservatório inferior a 3,0 km². No que tange à área do reservatório, porém, ressalva-se o enquadramento caso o resultado de equação: valor da potência multiplicado pelo coeficiente 14,3, e dividida pelo valor da queda bruta, fosse maior que a área do reservatório, desde que essa não fosse superior a 13 km² (artigos 3º e 4º).

Considerando os valores dessas grandezas indicados no Relatório Ambiental Simplificado - Potência (28 MW) e Queda Bruta de 48 m (Evento 20, RELT11, p. 13) -, o resultado é maior que a área do reservatório, o que permitia seu enquadramento na categoria de PCH.

Merece destaque o fato de que a ampliação da potência da usina, de 9 MW para 28 MW, foi obtida com a mudança da capacidade dos equipamentos de geração de energia, sem necessidade de ampliação da área do reservatório, conforme se extrai do Parecer Técnico nº 132/02 da FATMA (Evento 20, PARECER27):

Não se trata, portanto, de empreendimento de impacto ambiental nacional ou regional, mas apenas local, não havendo elementos que permitam infirmar as conclusões da FATMA e do próprio IBAMA quanto à inexistência de necessidade de aprovação da autarquia federal de proteção ao meio ambiente para esse projeto.

No que tange ao tipo de estudo necessário ao licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, exigia a elaboração de estudo e relatório de impacto ambiental EI/RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, para atividades modificadoras do meio ambiente, dentre as quais usinas de geração de energia elétrica com capacidade acima de 10MW (art. 2º, XI).

Porém a Resolução Conama nº 279, de 27 de junho de 2001, alterou parcialmente essa exigência em relação aos produtores de energia elétrica, autorizando o licenciamento ambiental para empreendimentos com pequeno potencial de impacto ambiental:

Art. 1º Os procedimentos e prazos estabelecidos nesta Resolução aplicam-se, em qualquer nível de competência, ao licenciamento ambiental simplificado de empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental, aí incluídos:

- I - Usinas hidrelétricas e sistemas associados;
- II - Usinas termelétricas e sistemas associados;
- III - Sistemas de transmissão de energia elétrica (linhas de transmissão e subestações);
- IV - Usinas Eólicas e outras fontes alternativas de energia

Tal normativo foi editado no contexto da aguda crise no abastecimento de energia elétrica vivido pelo país no ano de 2001, tendo sido uma das medidas adotadas à época pelo Governo Federal para incrementar sua oferta. A simplificação no procedimento também foi motivada pelas dificuldades de definir previamente à realização de estudos a dimensão do impacto ambiental causado pelo empreendimento. Transcrevo, a propósito, os fundamentos que constam no próprio normativo:

Considerando a necessidade de estabelecer procedimento simplificado para o licenciamento ambiental, com prazo máximo de sessenta dias de tramitação, dos empreendimentos com impacto ambiental de pequeno porte, necessários ao incremento da oferta de energia elétrica no País, nos termos do art. 8º, § 3º, da Medida Provisória no 2.152-2, de 1º de junho de 2001;

Considerando a crise de energia elétrica e a necessidade de atender a celeridade estabelecida pela Medida Provisória no 2.152-2, de 2001182; Considerando a dificuldade de definir-se, a priori, impacto ambiental de pequeno porte, antes da análise dos estudos ambientais que subsidiam o processo de licenciamento ambiental e, tendo em vista as diversidades e peculiaridades regionais, bem como as complexidades de avaliação dos efeitos sobre o meio ambiente decorrentes da implantação de projetos de energia elétrica;

O fundamento normativo dessa Resolução era a Medida Provisória nº 2152-2, de 01/06/2001, que, além de criar e instalar a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, estabeleceu diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica, dispondo em seu art. 8º:

Art. 8º Os órgãos competentes, nos processos de autorização ou de licença dos empreendimentos necessários ao incremento da oferta de energia elétrica do País, atenderão ao princípio da celeridade.

§ 1º Os empreendimentos referidos no caput compreendem, dentre outros:

- I - linhas de transmissão de energia;
- II - gasodutos e oleodutos;
- III - usinas termoeletricas;
- IV - usinas hidroelétricas;
- V - geração de energia elétrica por fontes alternativas; e
- VI - importação de energia.

§ 2º Observado o disposto nos arts. 3º, inciso II, e 225 da Constituição, o licenciamento ambiental dos empreendimentos referidos neste artigo deverá ser decidido pelos órgãos competentes, com todas as suas formalidades, incluída a análise do relatório de impacto ambiental, quando for o caso, no prazo de até:

- I - três meses, no caso do inciso I do § 1º;
- II - quatro meses, nos casos dos incisos II, III e V do § 1º; e
- III - seis meses, no caso do inciso IV do § 1º.

§ 3º Até 30 de junho de 2001, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabelecerá procedimentos específicos simplificados de licenciamento, com prazo máximo de sessenta dias de tramitação, para os empreendimentos, referidos no caput, de impacto ambiental de pequeno porte.

§ 4º Os estudos e pareceres necessários à autorização ou licenciamento referido no caput poderão ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas, de notória especialidade, contratadas para este fim, pelos órgãos competentes.

A Resolução Conama nº 279/01 apenas regulamentou o disposto no § 3º do dispositivo acima transcrito, estabelecendo procedimento simplificado de licenciamento, com prazo reduzido para sua análise pelos órgãos ambientais, para empreendimentos de impacto ambiental de pequeno porte.

Destaca-se que o fato de se tratar de usina hidrelétrica não constitui de forma alguma impedimento para aplicação do regime jurídico diferenciado estabelecido pela Medida Provisória, sendo o texto legal expresso no sentido de que os empreendimentos a ele sujeitos incluíam usinas hidrelétricas.

De todo o exposto, conclui-se que o procedimento para obtenção de licença ambiental para operação de uma Pequena Central Hidrelétrica era simplificado, sendo a atribuição para sua análise da FATMA, e não do IBAMA.

No caso da PCH em questão, o processo de licenciamento ambiental teve início no ano de 1999, quando a Indústria de Papel L. Dall'Asta Ltda (IPDL), então proprietária da área e que operava desde 1972 uma Pequena Central Hidrelétrica (PCH São Domingos) no local, buscou ampliar sua capacidade de produção de energia elétrica, de 5 para 9 MW (megawatts).

Para tanto, ingressou com pedido para junto à Fundação Estadual do Meio Ambiente – FATMA para licenciamento do empreendimento, obtendo a Licença Ambiental Prévia – LAP nº 091/01, concedida em 17/05/2001, com validade de 12 meses. A licença foi renovada em 22/04/2012, pela LAP nº 110/02 (Evento 20, OUT8 e 9).

Posteriormente, a fim de ampliar sua capacidade de produção de energia para 28 MW, foi apresentado à FATMA pedido de adequação, instruído com Relatório Ambiental Simplificado – RAS, bem como Plano Básico Ambiental, elaborados por uma equipe técnica formada por 11 profissionais de diferentes áreas: 1) Bertoldo Silva Costa, Engenheiro Sanitarista e Ambiental e Engenheiro de Segurança do Trabalho, Coordenador Geral; 2) Mario Francisco Figueiredo Meyer, Engenheiro Civil e Sanitarista; 3) Paulo José Aragão, Engenheiro Sanitarista e Ambiental e Bacharel em Direito; 4) Cícero Mario Bortoluzi, Geólogo; 5) Hélia Laurea Dutra, Engenheira Sanitarista e Ambiental; 6) Carlos Gonzaga Aragão, Engenheiro Eletricista; 7) Valmiro Heidmann, Geógrafo; 8) Nilton Schneider de Souza, Engenheiro Florestal; 9) Eliana Bittencourt, Engenheira Civil e Doutoranda em Engenharia Ambiental; 10) Alan Henn, Formando em Engenharia Sanitária e Ambiental; 11) Juliana Walendowsky, Estagiária do Curso de Engenharia Sanitária (Evento 20, RELT11 a 13; PROJ15 a 17).

A partir da documentação apresentada, em 22/07/2005 foi concedida a Licença Ambiental de Instalação nº 003/2005, nas seguintes condições (Evento 20, OUT21):

Com a Licença Ambiental de Instalação, passou-se à fase seguinte, de enchimento do reservatório, o que ocorreu em meados do ano de 2007.

Nesta etapa merecem destaque as conclusões de relatório de vistoria técnica feita pelo IBAMA na área que seria atingido pelo reservatório, feito a pedido do Ministério Público Federal a fim de constatar a presença de espécie nativa ameaçada de extinção (Ocotea Porosa - Imbuia). De acordo com os técnicos desse órgão quanto ao quase completo desflorestamento da área, formada por pastos e lavouras (Evento 1 - PROCADM3, pp. 19-20):

Realizadas vistorias na área antes e após o enchimento do reservatório, com avaliação, nesta última, do cumprimento dos programas de implementação - gestão de resíduos sólidos, controle da poluição dos recursos hídricos, controle da poluição atmosférica, treinamento e conscientização, supressão vegetal e limpeza geral do reservatório, resgate e monitoramento da fauna, manejo e conservação da flora, bem como indicação dos programas ambientais a serem implementados, concluindo-se favoravelmente à concessão da licença de operação (Evento 20 - PARECER25 e 26).

Após todo esse processo, foram emitidas as Licenças Ambientais de Operação nº 056/2007 e 105/2008 (Evento 20 - OUT22).

Apesar de simplificado, não é possível afirmar que o processo de licenciamento não tenha considerado os impactos ambientais resultantes da instalação da usina hidrelétrica. Dada a dimensão do empreendimento, que se enquadrava na categoria de Pequena Central Hidrelétrica, a atribuição para concessão do licenciamento ambiental era da FATMA, e não do IBAMA. Tendo a licença sido emitida pelo órgão com atribuição para tanto, e dentro do procedimento específico previsto à época na legislação, não há como reconhecer a procedência da pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal para anulação desse ato.

Por fim, observo que a previsão contida no art. 7º da Lei Complementar nº 140, de 08/12/2011, no sentido de competir à União o licenciamento

ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em terras indígenas, constitui exigência instituída somente após concluído o processo de licenciamento ambiental. Além disso, como se verá no capítulo seguinte da presente decisão, não é possível reconhecer que houve afetação de área indígena com a instalação da PCH.

b.2) Terra Indígena Toldo Imbú - Processo de Demarcação - Decreto Presidencial

O Ministério Público Federal alega que a implantação e operação da PCH Ludesa geraram impactos na Terra Indígena Toldo Imbú, o que teria reflexos sobre a validade das licenças ambientais concedidas para o empreendimento, na medida em que, nos termos da Constituição Federal, o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas depende de autorização do Congresso Nacional e que qualquer intervenção em terras indígenas deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas afetadas.

É fundamental assim determinar se a PCH Ludesa de fato ocupa ou ao menos afeta o meio ambiente de comunidades estabelecidas em terras indígenas.

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.

§ 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.

O processo de demarcação de terras indígenas encontra-se regulamentado pelo Decreto n. 1.775/1996, da seguinte forma:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão

administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

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.

[...]

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. [...]

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto. [grifei]

Conforme se extrai desses dispositivos, a edição de portaria do Ministério da Justiça declarando os limites da terra indígena constitui apenas uma das etapas do processo de demarcação, o qual só é ultimado com a promulgação de Decreto, pela Presidência da República.

Nesse sentido é a previsão legal veiculada no art. 19 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73):

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. [grifei]

Nesse contexto normativo, parece inequívoco que enquanto não houver homologação pela Presidência da República não há terra indígena demarcada.

Esse é caso do processo de demarcação da Terra Indígena Toldo Imbú. Além de não concluído, tal processo se encontra paralisado há vários anos. Não obstante o Ministério da Justiça tenha editado, em 19/04/2007, a Portaria nº 793/2007, declarando de posse permanente do grupo indígena Kaingang a Terra Indígena Toldo Imbú, mesmo após transcorridos mais de 9 anos desse ato ainda não houve conclusão do processo demarcatório.

Conforme se extrai da informação prestada pela FUNAI e do relatório detalhado de movimentação processual que a instrui, em 07/11/2011 o processo de demarcação foi encaminhado à Presidência da República para promulgação de decreto de homologação. Todavia, em 21/08/2012 o processo foi remetido de volta ao Ministério da Justiça, mais especificamente para a Assessoria Especial de Participação Social, onde se encontra parado desde então (Evento 141, OUT2 e PET3).

Na manifestação técnica da FUNAI juntada no Evento 126, percebe-se que embora afirmado 'que os autos reencaminhados ao Ministério da Justiça não vieram acompanhados por questionamentos técnicos direcionados à FUNAI contendo dúvidas relativas aos estudos de identificação e delimitação da terra indígena que tenham o condão de questionar a tradicionalidade da ocupação indígena na área', nenhuma informação é prestada a respeito do

motivo específico pelo qual tal medida foi adotada, o que apenas reforça a verossimilhança quanto à possível existência de uma decisão do Governo Federal de rever o procedimento adotado nos processos de demarcação de terras indígenas, conforme noticiado pela Folha de São Paulo e pelo Estado de São Paulo, em suas edições de 09/05/2013 (Evento 97 - OUT2 e 3).

De todo modo, repita-se, não há decreto homologando a demarcação da Terra Indígena Toldo Imbú, razão pela qual por ora existe uma mera expectativa de que a área definida na Portaria nº 793, de 19/04/2007, do Ministério da Justiça, venha de fato a ser constituída em território indígena.

Não tendo sido concluído o processo de demarcação, a pretensão do Ministério Público Federal de invalidar o licenciamento ambiental e, por consequência, a licença de operação da hidrelétrica, sob o fundamento de que afetaria área indígena, inclusive com a realização de estudos ou o acolhimento dos elementos apresentados para afirmar a ocupação, por indígenas, da área atingida pela barragem, representaria a possibilidade de reconhecimento de que se trata efetivamente de terra indígena por uma via absolutamente transversa, sem pedido específico para tanto e, o que é mais importante, em flagrante violação de Poderes, na medida em que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, a declaração de determinada área como tal é ato privativo do Poder Executivo.

Finalmente, merece destaque também o fato de que à época de edição desse ato, o processo de licenciamento ambiental da PCH Ludesa, que tramitava há quase 10 anos, já estava praticamente concluído. Tenho assim como questionável, também sob este aspecto, a pretensão de invalidar todo o processo de licenciamento ambiental por ter desconsiderado a existência de que a área era tradicionalmente ocupada por indígenas, quando o primeiro ato oficial afirmando tal circunstância só foi editado poucos dias antes do enchimento do reservatório.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, julgo IMPROCEDENTE a pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal na presente ação civil pública."

Logo, os recursos de apelação não merecem acolhida.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos de apelação.

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS S/A

AGRAVADO: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA

DATA DA DECISÃO: 19/06/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE URGÊNCIA. TERRAS INDÍGENAS. IMPROVIMENTO.

1. É caso de manutenção da decisão agravada, uma vez que parece ser possível aguardar a regular tramitação do processo para que, se for o caso, o juízo de origem delibere a respeito dos pedidos provisórios na sentença (ou antes disso se for demonstrada alguma consequência grave que impeça aguardar a instrução do feito). Por ora, considerando o longo tempo transcorrido sem comprovação de maiores intercorrências e de danos efetivos ou iminentes, é prudente indeferir as medidas postuladas até mesmo para evitar perigo de dano inverso.

2. Agravo de instrumento improvido, restando prejudicado o agravo interno.

RELATÓRIO

Este **agravo de instrumento** ataca decisão proferida pelo juiz federal Joel Luis Borsuk que **indeferiu liminar em ação civil pública**, requerida para o fim de impedir a emissão ou renovação de licenças e autorizações para o empreendimento "*Sistema Interligado Eletrosul - Subgrupo Erva Mate*" nos limites de terras e comunidades indígenas sem estudos socioambientais, impedir que o empreendedor desenvolva atividades que alterem as características ambientais da área, suspender parcialmente os efeitos da licença de operação já concedida pelo IBAMA e regularizá-la, com exigência de estudos que abranjam o componente indígena, com acompanhamento da FUNAI.

Esse é o teor da decisão agravada, na parte que aqui interessa (evento 27 do processo originário; grifei):

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo **Ministério Público Federal em face da Eletrosul** Centrais Elétricas S/A, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - **IBAMA**-, e da Fundação Nacional do Índio -**FUNAI**-, com **pedido de tutela de urgência, objetivando que:**

i.i) o **IBAMA não emita e/ou renove qualquer licença ou autorização em favor da ELETROSUL que diga respeito à região compreendida dentro do raio de 5 km de distância das Linhas de Transmissão que compõem o subgrupo Erva Mate e que tenham, nesse limite, terras e comunidades indígenas, sem base em estudos socioambientais específicos que as compreendam;**

i.ii) o **empreendedor, nesse mesmo perímetro, não realize nenhuma atividade, esteja ou não compreendida na licença de operação questionada, capaz de alterar as características ambientais** hoje existentes na região, **suspendendo, nesse aspecto, parcialmente, os efeitos da Licença de Operação n.º 1.259/2014** (fl. 139), expedida pelo IBAMA;

i.iii) o **IBAMA reabra, em até 30 (trinta) dias, o procedimento do qual se originou a licença de operação, instando o empreendedor a realizar os estudos ambientais que abranjam, necessariamente, o componente indígena** na avaliação dos impactos socioambientais do empreendimento licenciado;

i.iv) a **FUNAI acompanhe todo o procedimento**, fornecendo os dados necessários e zelando pelo adequado respeito aos interesses das comunidades indígenas, sobretudo no que tange à realização das consultas às comunidades interessadas, ou, então, aderindo à pretensão ministerial, passe a integrar o polo ativo desta demanda;

Narra o parquet que **instaurou o Inquérito Civil n.º 1.29.000.001989/2014-17, com o objetivo de apurar as circunstâncias que envolveram o licenciamento ambiental que permitiu à ré Eletrosul a operação das linhas de transmissão integrantes do empreendimento denominado "Sistema Interligado Eletrosul - Subgrupo Erva Mate".**

Com efeito a **instalação das redes de transmissão ocorreu nos anos de 1974 a 1977**, anterior, portanto, à Resolução do CONAMA n.º 6 de 16/09/1987, que dispôs sobre o licenciamento de obras no setor de geração de energia elétrica.

Não obstante, o empreendedor, de acordo com a Medida Provisória n.º 1.710/98, que alterou a Lei n.º 9.605/98, firmou compromisso de conduta com órgão integrante do SISNAMA devido aos empreendimentos causadores da degradação ambiental em funcionamento quando do advento da lei ambiental.

Afirma o MPF que o referido **termo de compromisso exigiu expressamente a necessidade de se proceder um estudo minucioso acerca da existência de comunidades e terras indígenas existentes próximas à servidão**, com vistas a definir as possíveis pressões sobre os recursos ambientais. Ademais, aduziu que a **FUNAI**, conforme histórico do licenciamento (fls. 91-93 do Inquérito Civil), **exigiu** que as considerações acerca da influência do empreendimento em áreas indígenas fossem impostas como **condicionantes para a emissão da respectiva licença.**

De acordo com estas premissas, **destaca o custus legis, na exordial, que a presente Ação Civil Pública tem por finalidade sanar a omissão do FUNAI e do IBAMA quanto à Licença de Operação n.º 1.259/2014 em favor da Eletrosul**, concessionária voltada à exploração do serviço público de energia elétrica, **supostamente com base em estudos ambientais incompletos**, uma vez que **não teria cumprido todos os requisitos**

firmados no Termo de Compromisso entabulado em decorrência da Medida Provisória nº 1.710/98.

Em resumo, o MPF assevera que a omissão dos réus se deu devido ao fato de que, embora as identificadas áreas indígenas estejam situadas nas proximidades do corredor da servidão, estas não foram devidamente consideradas no componente indígena afetado pelo empreendimento. Ademais, a provável razão deste acontecimento é o fato de que o corredor da servidão não transcorre diretamente as aldeias indígenas (imagem da exordial, pg.9), motivo pelo qual foram excluídas, equivocadamente, dos estudos ambientais.

Portanto, a tese do parquet é a de que o empreendedor desconsiderou, nos estudos realizados e acolhidos pelo IBAMA, com o aval da FUNAI, o componente indígena originado da possível influência causada pelas redes de transmissão de energia em aldeias indígenas situadas nas proximidades das torres, violando, dessa forma, as prescrições normativas previstas pela Resolução n.º 01/1986 do CONAMA e pela Portaria Interministerial n.º 60/2015, da lavra dos ministérios do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde.

Dos pedidos liminares postulados, os réus foram intimados para se manifestarem, nos termos do art. 2º da Lei 8.437/92.

A Ré Eletrosul manifestou-se por meio da petição de evento 9 e o IBAMA por meio da petição de evento 17. Por sua vez, a FUNAI não apresentou considerações.

Decido.

Da análise dos pedidos liminares

[...]

Pois bem, após a análise das alegações das partes e dos documentos acostados aos autos, verifico, prima facie, que **não há prova inequívoca de existência de danos às comunidades indígenas existentes no raio de 5km de distância das Linhas de Transmissão que compõem o subgrupo Erva Mate, objeto da Licença de Operação nº 1.259/2014.**

A finalidade da presente Ação Civil Pública é, justamente, verificar, no caso concreto, se, após a realização dos estudos do componente indígena, há efetivo prejuízo às comunidades indígenas envolvidas, para que, então, possa ocorrer a inclusão de medidas mitigatórias/compensatórias.

Veja-se os pedidos principais formulados:

iii) a procedência da presente ação civil pública, para determinar:

iii.i) **que o IBAMA reabra o procedimento de licenciamento** que deu origem à Licença de Operação n.º 1.259/2014 e **exija, do empreendedor, os estudos ambientais** que avaliem especificamente o componente indígena relacionado às comunidades indígenas situadas em até 5 km de distância do corredor de servidão das linhas de transmissão integrantes do empreendimento denominado subgrupo Erva Mate, destacadamente as comunidades de Votouro e Kandoia, sem prejuízo de outras porventura identificadas;

iii.ii) **que o empreendedor ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS S/A conclua, em até 120 (cento e vinte) dias depois de provocado pelo IBAMA, os estudos ambientais** que observem, adequadamente, as prescrições do CONAMA para a avaliação de impacto ambiental em relação ao componente indígena e a necessidade inafastável de proceder à consulta das comunidades indígenas afetadas, nos termos da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas acima abordadas;

iii.iv) **em sendo os estudos conclusivos a respeito da existência de danos efetivos ou potenciais às comunidades indígenas, a retificação da Licença de Operação** a fim de incluir as medidas

mitigatórias/compensatórias no rol de condicionantes impostos;
iv) na hipótese de descumprimento dos prazos estabelecidos, a cominação de multa diária não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a ambos os demandados;

v) na **hipótese de descumprimento** dos prazos estabelecidos em período superior a 30 (trinta) dias, **a anulação da Licença de Operação n.º 1.259/2014 e a suspensão das atividades realizadas com base nela**, ato a partir do qual se demandará a obtenção de nova licença e em vista de novos estudos ambientais;

vi) **que a FUNAI acompanhe todo o procedimento, fornecendo os dados necessários** e zelando pelo adequado respeito aos interesses das comunidades indígenas, sobretudo no que tange à realização das consultas às comunidades interessadas, na hipótese de não ter aderido, início litis, à pretensão ministerial;

Por outro lado, **a partir da manifestação do IBAMA (evento 17, OUT1), constato que o processo de licenciamento 02001.008729/2011-19 está em andamento, justamente para cumprimento da determinação da resolução do CONAMA. Outrossim, a autarquia já solicitou à Eletrosul a elaboração do estudo para avaliação de impactos, sob supervisão da FUNAI.**

Por sua vez, a Eletrobras já requereu, junto a FUNAI, a emissão do termo de referência (evento 9, OUT21) a fim de possibilitar o estudo contendo o diagnóstico dos impactos socioambientais sobre as terras indígenas.

Além disso, **o eventual deferimento do pedido liminar poderia causar prejuízo à concessionária, uma vez que quando iniciou suas atividades, inexistia obrigação legal para realização de estudo ambiental.** Somente com o advento das sucessivas novidades legislativas é que se passou a exigir da empresa uma adaptação ao ordenamento jurídico vigente.

Desta forma, mesmo que, a despeito de existirem possíveis irregularidades no procedimento administrativo, a concessionária, aparentemente, sempre agiu de acordo com a análise técnica do IBAMA, pessoa jurídica de direito público criada exatamente para o controle finalístico referente às questões ambientais, o que justifica, em cognição sumária, **a boa fé da empresa ré.**

No entanto, isto não a exime de proceder as exigências cabíveis para regularização de eventuais irregularidades, mediante medidas mitigatórias ou compensatórias, em conformidade com a Resolução do CONAMA e do Termo de Compromisso Firmado, desde que atendidas as especificidades do caso concreto, com proporcionalidade e razoabilidade às situações fáticas existentes.

De qualquer sorte, **eventual suspensão na licença de operação poderia causar prejuízo sobretudo à coletividade, que usufrui do serviço público essencial prestado pela concessionária. Não é demais lembrar que a transmissão de energia elétrica abastece as seguintes regiões: Metropolitana de Curitiba; Sudoeste do Paraná; Oeste de Santa Catarina; Noroeste do Rio Grande do Sul e Metropolitana de Porto Alegre.**

Ainda, a concessionária é responsável pela manutenção dos componentes das linhas de transmissão e pela altura da vegetação em relação aos cabos condutores de energia elétrica, visando garantir a segurança e confiabilidade no fornecimento da energia elétrica.

Em razão de todo o exposto **tenho que não estão presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**, requisitos essenciais ao deferimento da medida liminar.

Por fim, destaco que não cabe ao Poder Judiciário interferir no papel finalístico da autarquia, a quem cabe a análise dos requisitos necessários à concessão/suspensão/perda de licença da concessionária, em respeito ao princípio da deferência.

Diante de todo o exposto, **indefiro os pedidos liminares** formulados pelo Ministério Público Federal.

Da designação de audiência de conciliação

[...]

Reforço a necessidade de participação ativa da FUNAI na presente demanda, uma vez que foi a única parte do polo passivo a não prestar considerações prévias concretas sobre a questão posta nos autos. Ainda, de acordo com as informações prestadas, o estudo a ser realizado pela Eletrobras (requerido na inicial) depende justamente do fornecimento pela FUNAI do Termo de Referência acerca do componente indígena da área em torno da servidão.

A parte agravante (Ministério Público Federal) pede a reforma da decisão, alegando que: **(a)** estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência; **(b)** a existência de torres e cabos de alta tensão (dotados de alto potencial poluidor) nas proximidades das terras indígenas de Votouro e Kandoia e a inexistência de estudo ambiental são suficientes para demandar proteção imediata às comunidades contra os "*possíveis danos que o empreendimento pode causar*" (evento 1, INIC1, p. 5/23); **(c)** as comunidades indígenas poderão sofrer impactos das linhas de transmissão que estão nas proximidades e isso não foi levado em conta no licenciamento ambiental, apenas porque tais linhas não atravessam as aldeias, estando a cerca de 500 metros aproximadamente; **(d)** a Licença Ambiental de Operação (LAO) foi emitida em 02/10/2014, com prazo de validade de 10 (dez) anos, e nenhuma referências às terras indígenas foi feita nas condicionantes (evento 1, PROCADM4, p. 40); **(e)** está evidenciada a omissão da FUNAI, que se restringiu a atribuir a responsabilidade pelos estudos ambientais ao empreendedor (evento 1, PROCADM4, p. 69); **(f)** a presunção de que haverá impactos somente poderia ser afastada com a realização de estudos e com a oitiva da comunidade *possivelmente atingida*, o que não ocorreu; **(g)** a proteção dispensada pela Constituição e pela legislação às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se circunscreve aos limites físicos demarcados, abrangendo também o entorno; **(h)** de acordo com a Portaria Interministerial nº 519/2011, a área de interferência presumida do empreendimento é de 5 km entre a terra indígena e a área geradora do impacto; **(i)** a implementação e o funcionamento do empreendimento se deu à revelia das comunidades indígenas, em violação ao disposto na Convenção 169 da OIT; **(j)** a realização de estudo ambiental e a consulta às comunidades são atos vinculados e deixaram de ser praticados neste caso; **(k)** não está caracterizado o interesse dos agentes públicos e privados na solução da questão, pois o procedimento voltado à regularização ambiental do empreendimento tramita lentamente, há mais de 20 anos, ou seja, desde 1998 (evento 1,

PROCADM3, p. 14); **(l)** o argumento de que não há comprovação de dano às comunidades indígenas não é suficiente para justificar o indeferimento da liminar, pois os danos são presumíveis a partir da própria legislação e o objetivo da ação é justamente "*compelir os demandados a identificar, por meio dos estudos ambientais cabíveis, se há ou não dano real sendo causado às populações inseridas no perímetro de 5km de distância do empreendimento*" (evento 1, INIC1, pp. 16-17/23); **(m)** a liminar deve ser deferida em observância ao princípio da precaução, para impedir degradação ambiental durante a tramitação do processo, ainda que não se tenha certeza quanto à ocorrência ou não do "*dano provável*"; **(n)** não houve pedido de suspensão da licença de operação vigente, "*pelo menos como providência imediata e em sede de cognição sumária*" (evento 1, INIC1, p. 20/23).

Pede, assim, a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão agravada para que, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00: **(1)** "*o IBAMA não emita e/ou renove qualquer licença ou autorização em favor da ELETROSUL que diga respeito à região compreendida dentro do raio de 5 km de distância das Linhas de Transmissão que compõem o subgrupo Erva Mate e que tenham, nesse limite, terras e comunidades indígenas, sem base em estudos socioambientais específicos que as compreendam;*" **(2)** "*o empreendedor, nesse mesmo perímetro, não realize nenhuma atividade de grande porte, esteja ou não compreendida na licença de operação questionada, capaz de alterar as características ambientais hoje existentes na região, sem amparo em prévio estudo ambiental que considere o componente indígena originado da possível influência causada pelas redes de transmissão de energia*" (grifei); **(3)** "*o IBAMA reabra, em até 30 (trinta) dias, o procedimento do qual se originou a licença de operação, instando o empreendedor a realizar os estudos ambientais que abranjam, necessariamente, o componente indígena na avaliação dos impactos socioambientais do empreendimento licenciado*"; **(4)** "*a FUNAI acompanhe todo o licenciamento, fornecendo os dados necessários e zelando pelo adequado respeito aos interesses das comunidades indígenas, sobretudo no que tange à realização das consultas às comunidades interessadas.*"

O pedido de antecipação de tutela recursal foi indeferido (evento 2).

A parte agravante interpôs agravo interno (evento 9).

Houve contrarrazões.

O processo foi incluído em pauta.

A FUNAI se manifestou e apresentou informação técnica (evento 36).

É o relatório.

VOTO

A decisão inicial que indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal está assim fundamentada:

O deferimento total ou parcial da pretensão recursal, em antecipação da tutela, por decisão monocrática do relator, é cabível quando estiverem evidenciados, de um lado, a **probabilidade do direito** (que, no caso, consiste na probabilidade de provimento do recurso), e, de outro, o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo** (CPC, art. 1.019-I, c/c art. 300).

Embora as alegações da parte agravante, entendendo deva ser mantida a decisão agravada porque não está demonstrado risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, que justifique o deferimento da tutela de urgência, conforme previsto no art. 300 do CPC.

Com efeito, segundo consta, as linhas de transmissão estão no local pelo menos desde 1977 e não há referência a qualquer dano concreto efetivamente causado às comunidades indígenas desde então. A licença ambiental questionada, por outro lado, foi concedida há mais de 4 anos, em 2014, e a ação foi ajuizada somente em setembro de 2018, sem que a parte agravante traga algo de concreto que indique que o empreendimento está comprometendo de alguma forma a saúde e a vida da população indígena e a qualidade ambiental.

Ora, passados 40 anos desde que as linhas de transmissão de energia estão em funcionamento, parece que, se realmente, o empreendimento estivesse trazendo alguma consequência danosa à população (indígena ou não) que vive no entorno, os efeitos poderiam ser minimamente demonstrados para fundamentar o requerimento, em caráter precário e liminar, de providências de tamanha magnitude, que podem impactar negativamente não apenas a atividade empresarial de uma prestadora de serviço público essencial como todo o sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (que, sabidamente, é interligado) e, enfim, a vida de um grande contingente de pessoas que dependem da energia transmitida.

Saliento que, apesar dos argumentos da parte agravante, o pedido de parcial suspensão da LAO está expressamente consignado, não apenas na decisão agravada, como também no item i.ii dos pedidos liminares deduzidos na inicial da ação civil pública (evento 1, INIC1, p. 25/27 do processo originário). Se a parte agravante pretende modificar o pedido, essa providência deve ser adotada na origem. Por ora, na forma como o requerimento foi deduzido, parece que a decisão está adequada e resolveu, fundamentadamente, a controvérsia, não havendo retificações a serem feitas neste momento pelo Relator.

Em resumo, parece ser possível aguardar a regular tramitação do processo para que, se for o caso, o juízo de origem delibere a respeito dos pedidos provisórios na sentença (ou antes disso se for demonstrada alguma consequência grave que impeça aguardar a instrução do feito). Por ora, considerando o longo tempo transcorrido sem comprovação de maiores intercorrências e de danos efetivos ou iminentes, é prudente indeferir as medidas postuladas até mesmo para evitar perigo de dano inverso.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal**.

Não vislumbro razões para conclusão diversa, motivo pelo qual mantenho a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5011540-44.2019.4.04.0000/RS

RELATORA: JUÍZA FEDERAL MARIA ISABEL PEZZI KLEIN

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

AGRAVADO: RIO GRANDE MINERACAO S.A

DATA DA DECISÃO: 05/02/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. EMPREENDIMENTO MINERÁRIO "PROJETO RETIRO". LICENÇA PRÉVIA. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS.

- A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

- Hipótese em que não restou demonstrada a urgência da medida pleiteada, uma vez que, até o momento, apenas restou expedida a Licença Prévia (LP) atestando a viabilidade ambiental do empreendimento, mas não a Licença de Instalação (LI) nem a de Operação (LO), de modo que não está autorizada, por ora, qualquer intervenção concreta na área litigiosa.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência nos autos da ação civil pública nº 5007290-39.2018.4.04.7101, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e da empresa Rio Grande Mineração S. A., buscando a suspensão liminar e, no mérito, a nulidade da Licença Prévia nº 546/2017, outorgada pela autarquia federal à empresa ré, tendo por objeto empreendimento minerário designado como "Projeto Retiro", a ser implantado no Município de São José do Norte/RS, com previsão de vida útil de 21 anos de operação e produção anual de 600 mil toneladas de concentrado de minerais pesados (ilmenita, rutilo e zirconita), numa extensão aproximada de 30,0 Km x 1,6 Km, a importar no revolvimento de cerca de 13,75 milhões de m³.

Assevera o agravante, em síntese, que estão presentes os requisitos da verossimilhança da alegação e do perigo de lesão ambiental grave e irreparável, devendo ser concedida a antecipação de tutela. Alega que, embora a Licença Prévia não autorize a intervenção concreta no ambiente, as etapas sucessivas do Licenciamento Ambiental (Licença Prévia, de Instalação e de Operação) são interdependentes e concatenadas, cada uma representando a edição de uma medida administrativa, como tal passível de afetar a comunidade tradicional atingida pelo empreendimento, que deve ser previamente consultada, nos termos da Convenção nº 169 da OIT. Afirma que a emissão da Licença Prévia consiste em um atestado de viabilidade ambiental, a partir do qual, salvo circunstâncias excepcionais, o caminho natural do procedimento será a outorga da Licença de Instalação. Aduz que a ausência de consulta prévia e livre, e de consentimento claro das comunidades tradicionais potencialmente afetadas pelo empreendimento, macula de ilegalidade e ilegitimidade o ato administrativo. Refere, ainda, diversas causas apontadas em parecer técnico para reconhecer o impacto ambiental significativo que será provocado pela atividade de mineração na área. Ao final, requer a suspensão da Licença Prévia nº 546/2017 outorgada pelo IBAMA.

Intimados, os agravados apresentaram contrarrazões.

O MPF ofertou parecer, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

As tutelas provisórias podem ser de urgência ou da evidência (art. 294 do CPC), encontrando-se assim definidas no novo diploma processual:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Da leitura do artigo referido, denota-se que dois são os requisitos que sempre devem estar presentes para a concessão da tutela de urgência: a) a probabilidade do direito pleiteado, isto é, uma plausibilidade lógica que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, do que decorre um provável reconhecimento do direito, obviamente baseada em uma cognição sumária; e b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo caso não concedida, ou seja, quando houver uma situação de urgência em que se não se justifique aguardar o desenvolvimento natural do processo sob pena de ineficácia ou inutilidade do provimento final.

A tutela de evidência, por sua vez, dispensa a prova do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, mas seu cabimento está restrito ao rol taxativo do art. 311, I ao IV, do CPC/2015.

No caso dos autos, tratando-se de pleito antecipatório fundado na urgência, passo ao exame do pedido à luz do art. 300 do NCPC.

O Juízo *a quo* indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado na inicial, tendo assim se manifestado quanto à situação específica dos autos (evento 29):

(...)

No presente caso, sem adentrar ainda em que possui razão quanto ao mérito das alegações muito bem vertidas na inicial, mas também muito bem contrapostas nas manifestações dos réus, constato a manifesta ausência do segundo requisito.

Isso porque, o objeto da presente ação civil pública é a Licença Prévia IBAMA nº 546/2017, concedida pela Autarquia Federal ambiental à empresa Rio Grande Mineração S. A., no âmbito do processo de licenciamento ambiental do chamado "Projeto Retiro".

O processo de licenciamento ambiental, um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/1981) constitui-se de um procedimento complexo, normatizado, e do qual emanam, após o cumprimento de todas as etapas de estudos de impacto ambiental, cumprimento de condicionantes e apresentação de medidas mitigadoras dos danos ambientais, três licenças ambientais sucessivas mas não concomitantes: a licença prévia, a licença de instalação e, finalmente, a licença de operação.

A primeira delas, a licença prévia, única concedida até o presente momento pelo IBAMA, é o objeto do presente feito, e está assim regulada na legislação ambiental:

- Decreto nº 99.274/1990:

Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo;

II - Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e

III - Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.

[...]

3º Iniciadas as atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos Órgãos Setoriais do Ibama deverão, sob pena de responsabilidade funcional, comunicar o fato às entidades financiadoras dessas atividades, sem prejuízo da imposição de penalidades, medidas administrativas de interdição, judiciais, de embargo, e outras providências cautelares.

- Resolução CONAMA mº 237/1997:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

A licença prévia, como visto, **não autoriza qualquer intervenção concreta na área pretendida para o empreendimento**, de modo que sua concessão apenas permite que o processo de licenciamento avance para a fase seguinte, com a elaboração dos projetos executivos das medidas compensatórias e de cumprimento de condicionantes a serem realizadas.

E se não está autorizada qualquer intervenção concreta, cai por terra o argumento da urgência, pois o meio ambiente não está em risco, ao menos no presente momento.

Sobre a ausência de risco ao meio ambiente apenas em decorrência de concessão de licença prévia, oportuna a colação do seguinte precedente da Corte Especial do TRF da 4ª Região:

AGRAVO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE LIMINAR EM ACP. LICENÇAS AMBIENTAIS PRÉVIAS PARA A CONSTRUÇÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS DE PASSO SÃO JOÃO E SÃO JOSÉ. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA CONFIGURADA. 1 - Na via estreita da suspensão de segurança afigura-se incabível examinar, com profundidade, as questões envolvidas na lide, já que o ato presidencial não se reveste de caráter revisional, vale dizer, não se prende ao exame da correção ou equívoco da medida que se visa suspender, mas, sim, a sua potencialidade de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. 2 - **Tratando-se de licença prévia, que apenas define que as usinas são viáveis, mas não autoriza o início das obras, que dependem de licença de instalação, aliada às necessidades emergentes do setor energético nacional, não há espaço para suspender-se leilões para outorga de concessão ou comercialização de energia, sob pena de grave lesão à economia**

pública. (TRF4, AGVSEL 2005.04.01.048430-7, CORTE ESPECIAL, Relator NYLSON PAIM DE ABREU, DJ 07/12/2005)

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de tutela de urgência formulado na inicial.

Inicialmente, convém esclarecer que há conexão entre a ação civil pública nº 5007290-39.2018.4.04.7101, que deu origem ao presente agravo de instrumento nº 5011540-44.2019.4.04.0000, e a ação civil pública nº 5007289-54.2018.4.04.7101, que deu origem ao agravo de instrumento nº 5011533-52.2019.4.04.0000.

Analisando o conjunto probatório até então presente nos autos, tenho que devem ser mantidas as conclusões do *decisum* hostilizado, não havendo, por ora, elementos suficientes em sentido contrário.

De fato, em que pese a argumentação da parte agravante, não foram apresentados, até o momento, elementos suficientes a evidenciar o risco de dano concreto a ser causado ao meio ambiente e à comunidade tradicional pelo empreendimento minerário, considerando que, por enquanto, apenas restou expedida a Licença Prévia (LP) atestando a viabilidade ambiental da obra, mas não a Licença de Instalação (LI) nem a de Operação (LO). Nesta fase, suspender ou invalidar a Licença Prévia poderia inclusive impedir a continuidade dos estudos acerca da pertinência do projeto, necessários para a apuração completa dos impactos que a atividade poderá provocar na área litigiosa e para verificação das medidas de controle ambiental e demais condicionantes a serem implementadas. Não bastasse isso, vale lembrar que ainda é possível a complementação dos estudos ambientais (EIA/RIMA) antes da emissão da Licença de Instalação.

Ademais, entendo que deve prevalecer, em sede de cognição sumária, a Licença Prévia outorgada pelo órgão ambiental competente, uma vez que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, a qual somente é desconstituída na presença de prova robusta em sentido contrário.

Por outro lado, cumpre ressaltar que os autos originários estão conclusos ao magistrado *a quo* (evento 56), em razão de a matéria controvertida ser unicamente de direito e já ter sido apresentada a prova documental, não tardando a prolação de sentença. A questão de fundo, portanto, deverá ser exaustivamente examinada em sede de cognição plenária, na qual será possível o devido aprofundamento quanto aos elementos probatórios da lide.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBIO

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS. DANO IMINENTE. DESCABIMENTO.

1. Não se pode presumir que a concessionária irá descumprir a lei, da qual deve ter ciência desde o início de seus projetos, inclusive no que tange à Comunidade Quilombola local, a qual vê-se não é ignorada pelo projeto do ICMBio, que excluiu da área a ser licitada o perímetro da comunidade cuja demarcação pende de perfectibilização.

2. Outrossim, no local já existem atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, e o fluxo de turistas na área poderá vir a beneficiar a própria comunidade em razão da proximidade das possibilidades comerciais.

3. Não existindo dano iminente à comunidade quilombola nem havendo sobreposição da área concedida com a área demarcada, também não se vislumbra irregularidade nos procedimentos ultimados até então, em especial o momento de inquirição e consulta da Comunidade acerca do projeto.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão que indeferiu tutela cautelar postulada pelo MPF nos autos da ACP nº 5004871-57.2020.4.04.7204 ajuizada em face do ICMBio e do INCRA, postulando a suspensão do processo licitatório Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, que visa à concessão de terras dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

Em suas razões, o MPF reafirma que o ICMBio lançou o projeto Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120 para concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados

da Serra e Serra Geral desconsiderando por completo a existência de demarcação da Comunidade Quilombola São Roque. Sustenta que a comunidade não foi consultada acerca do projeto, o que é imperioso seja feito de forma prévia para evitar gastos públicos com procedimento licitatório que venha a se constatar inviável. Aduz que, apesar da demarcação, o INCRA ainda não providenciou a regularização fundiária e, considerando que a área quilombola não pode ser explorada por licitante, trata-se de processo prévio também imprescindível.

Indeferida a tutela de urgência, foi oportunizado à parte agravada o oferecimento de resposta ao recurso.

O Ministério Público Federal com assento nesta Corte opinou pelo desprovimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

Quando da análise do pedido de antecipação de tutela, foi proferida a seguinte decisão:

"Primeiramente, destaco que nos termos do artigo 1.046 do Código de Processo Civil/2015, em vigor desde 18 de março de 2016, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869/1973, não se aplicando retroativamente, contudo, aos atos processuais já praticados e às situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, conforme expressamente estabelece seu artigo 14.

No caso em tela, a decisão agravada foi publicada na vigência do CPC/2015, portanto, necessária a análise sob a ótica da lei atualmente em vigor.

Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência somente poderá ser deferida se houver nos autos elementos que evidenciem, concomitantemente, (a) a probabilidade do direito e (b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A criação de Unidades de Conservação - UC tem por escopo a preservação da biodiversidade, salvaguardando espaços territoriais com características naturais relevantes, conforme Lei nº 9.985/00.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio – é responsável por propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as unidades de conservação federais, além de fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e exercer o poder de polícia ambiental para a proteção da biodiversidade em todo o Brasil. Para tanto, o Instituto necessita de recursos públicos (financeiros, materiais e humanos) para o desempenho de seus resultados.

Para fortalecer a atuação nas UCs e dar maior qualidade à garantia da preservação, considerando as dificuldades financeiras do orçamento público e considerando o potencial de exploração e de geração de benefícios econômicos e sociais, foi formulado o projeto de fomento às Parcerias Ambientais Público-Privadas - PAPPS para gestão de UCs denominado PAPPS – BR – M1120 (https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/noticias/2019/termo_de_referencia_4417429_papp_trilha_chico_mendes.pdf).

Os Parques Aparados da Serra e Serra Geral foram incluídos no projeto, somando uma área de 30.400 hectares, unidade de conservação brasileira de

proteção integral da natureza localizada na serra Geral, encampando os desfiladeiros na divisa natural entre os Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

Ocorre que, no interior do Parque, houve a demarcação da Comunidade Quilombola São Roque. Em dezembro de 2004, a referida Comunidade foi certificada pela Fundação Cultural Palmares, e no final do ano de 2007 o INCRA fez publicar em Diário Oficial o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID do Território quilombola tendo este 7.327,6941 hectares, localizados na região que faz fronteira entre os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, conforme Procedimento Administrativo INCRA n.º 54210.000262/2005-41, ainda não ultimado.

Instaurado o Inquérito Civil 1.33.003.000173/2019-10 para acompanhar o processo, o MPF oficiou ao ICMBio, o qual informou que a "área ocupada pelas comunidades quilombolas não será objeto da concessão que se pretende implementar nos Parques Nacionais de Aparados da Serra e da Serra Geral motivo pelo qual não foram realizados estudos de impacto social dos serviços que serão concedidos sobre a comunidade quilombola" (evento 1, PROCADM3, fl. 23).

Conforme Ofício n.º 544/2019 do ICMBio ao MPF (evento 1, PROCADM3, fl. 24).

"O EVE - Estudo de Viabilidade Econômica realizado em 2017 por empresa contratada não previu concessão para a região onde se insere a Comunidade Quilombola São Roque. As análises se pautaram nos chamados núcleos Itaimbezinho, Malacara, Fortaleza e Rio do Boi, que não abrangem o território da Comunidade, motivo pelo qual não foi feito estudo de impacto social para a região do território São Roque.

Outrossim, cabe informar que há um Projeto de Educação Ambiental em curso junto à Comunidade que prevê o desenvolvimento de estratégias de Turismo de Base Comunitária, visando o fortalecimento das potencialidades cooperativas entre o ICMBio e a Comunidade, com abordagem do desenvolvimento do etnoturismo como forma de geração alternativa de renda e manutenção dos modos de vida e do patrimônio material e imaterial de São Roque em consonância com os objetivos de conservação dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral."

Em vista de tal resposta, o MPF solicitou a realização de perícia, por engenheiro ambiental, a fim de que sejam analisadas as seguintes questões (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

"1. seja plotado em mapa a localização da comunidade quilombola São Roque e dos núcleos dos Parques Nacionais da Serra Geral e Aparados da Serra estipulados na parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBIO, a saber: Malacara, Tigre Preto, Fortaleza, Rio do Boi, Morro Agudo, Itaimbezinho e Pedra do Segredo;

2. seja calculada a distância de cada um dos núcleos referidos em relação à comunidade quilombola;

3. sejam identificados os cursos d'água que existem nas proximidades da comunidade quilombola;

4. seja analisado se os empreendimentos e serviços que serão disponibilizados a partir da parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBio poderão afetar, sob o ponto de vista ambiental, a comunidade quilombola, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação às suas terras.

Solicite-se urgência, tendo em vista que a parceria público-privada está prestes a ser realizada."

Providenciada a perícia, quanto à distância de cada um dos núcleos referidos em relação a comunidade quilombola, esclareceu que (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

"Conforme o PAPP (p. 33), os núcleos no PNAS foram identificados da seguinte forma: 1. Núcleo Itaimbezinho; 2. Núcleo Rio do boi; 3. Núcleo Morro Agudo. No PNSG foram definidos os seguintes núcleos: 1. Núcleo Fortaleza; 2. Núcleo Malacara; 3. Núcleo Piscinas do Malacara; 4. Núcleo do Tigre Preto.

Situam-se entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice), os limites do núcleo PIC Mampituba, porém, o PAPP informa que esse “núcleo não foi avaliado no presente trabalho tendo em vista a situação de sobreposição com terras quilombolas” (p. 33, nota de rodapé 11).

O núcleo Pedra do Segredo não consta entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice). Conforme o PAPP, no núcleo Fortaleza estão abertas a visitação a 4 (quatro) trilhas, quais sejam: Trilha do Estacionamento-Mirante da Borda do Fortaleza, Trilha do Mirante do Fortaleza, Trilha da Pedra do Segredo e Travessia da Borda Sul do Fortaleza (p.44).

(...)

Na Figura 1 (Apêndice) estão dispostas as distâncias entre os limites do território quilombola e o polígono envoltório de cada núcleo de visitação proposto no PAPP, medidas em ambiente SIG. Essas distâncias variam entre aproximadamente 0,9 km no caso do Núcleo Rio do Boi até aproximadamente 24 km no caso do Núcleo Tigre Preto. Convém enfatizar que se tratam das distâncias em linha reta e entre os limites dos polígonos.

As distâncias são maiores se forem considerados os pontos dentro dos núcleos a serem explorados turisticamente e o local atualmente ocupado pelas residências e culturas agrícolas da comunidade quilombola.

(...)

Estima-se que não haverá impactos ambientais diretos sobre a comunidade quilombola sob o ponto de vista físico e biótico, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação as suas terras."

Não se ignora que a licitação para exploração da área pode trazer um fluxo maior de turistas ao local. Como consta na perícia, "O projeto prevê, em um cenário otimista, cerca de 350 mil visitantes ao longo do ano de 2022 nos núcleos Itaimbezinho, Fortaleza, Rio do Boi e Malacara (Projeto Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, Produto 2, p. 59). Não há informações nos autos sobre a instauração de um processo de licenciamento ambiental em decorrências dessas atividades no interior de unidades de conservação federais".

Entretanto, o aumento do fluxo não tem como consequência imediata e necessária danos ambientais aos parques e culturais à comunidade. Trata-se de concessão de exploração em parceria público privada de Unidade de Conservação Federal, regida por regramento específico de proteção ambiental, que não só deve estar previsto no contrato como é objeto de lei a punição administrativa, cível e criminal a prática de qualquer dano ou a ocorrência de qualquer prejuízo ao meio ambiente local.

Não se pode presumir que a concessionária irá descumprir a lei, da qual deve ter ciência desde o início de seus projetos, inclusive no que tange à Comunidade Quilombola local, a qual vê-se não é ignorada pelo projeto do ICMBio, que excluiu da área a ser licitada o perímetro da comunidade cuja demarcação pende de perfectibilização.

Outrossim, no local já existem atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, e o fluxo de turistas na área poderá vir a beneficiar a própria comunidade em razão da proximidade das possibilidades comerciais.

Não existindo dano iminente à comunidade quilombola nem havendo sobreposição da área concedida com a área demarcada, também não vislumbro irregularidade nos procedimentos ultimados até então, em especial o momento de inquirição e consulta da Comunidade acerca do projeto.

Como bem informou o ICMBio, "o procedimento está em fase inicial, muito anterior à apresentação de propostas pelos licitantes. Como antes referido, em maio do corrente ano, o projeto foi submetido ao TCU para avaliação da qualidade dos estudos e da legalidade do processo, onde ainda se encontra. Quando o tribunal de contas concluir a análise, inclusive quanto aos aspectos ambientais e socioambientais, o ICMBio realizará as adequações propostas para posterior publicação dos documentos editalícios, com as regras para a participação no certame e realização da sessão pública com a apresentação de propostas (evento 10, PET1).

Assim, como bem decretou o MM Juízo de primeiro grau, "não restou comprovado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devendo-se, assim, privilegiar o contraditório e a ampla defesa.

Ressalvo que, a qualquer momento, havendo provas concretas de que a eventual futura decisão de procedência poderá ser ineficaz em decorrência da iminente concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral, o pedido poderá ser reapreciado."

Desta forma, ao menos neste juízo perfunctório, não vislumbro preenchidos os requisitos para a concessão liminar.

Ante o exposto, indefiro o pleito liminar."

Inexistem razões para alterar o entendimento inicial, cuja fundamentação integra-se ao voto.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBIO

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

DATA DA DECISÃO: 27/04/2021

EMENTA

AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSULTA PRÉVIA À COMUNIDADE QUILOMBOLA. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA PELO PRESIDENTE DO STJ. EFEITOS. JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE/POSSIBILIDADE.

1. Segundo §9º do art. 4º da Lei 8437/92, “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, não sendo atingida por sentença ou liminar superveniente. Assim, foi conferida ultratividade à decisão que dá provimento ao pedido de suspensão de segurança. Nesse sentido, a súmula 626 do STF aplica a ultratividade também em sede de mandado de segurança, quando a suspensão for deferida originariamente por Tribunal Superior.

2. Todavia, o pedido de suspensão de segurança e o agravo de instrumento são autônomos entre si, de modo que têm pressupostos diferentes e a decisão proferida em qualquer deles não vincula ou influencia a outra. De fato, o agravo de instrumento, previsto no art. 1015 do CPC/15, é recurso destinado à reforma ou anulação da decisão, em razão de error in iudicando ou error in procedendo, e deve observar o prazo legal de 15 dias úteis para sua interposição, conforme §5º do art. 1003 c/c art. 219 do CPC/15. Por outro lado, o pedido de suspensão de segurança destina-se apenas a suspender os efeitos da decisão que cause grave lesão à saúde, economia, segurança ou ordem pública, além de não submeter-se a prazo específico, podendo ser interposta a qualquer momento até o trânsito em julgado. Logo, depreende-se que não há violação ao princípio da singularidade, sendo plenamente possível a interposição concomitante de ambos, além de expressamente previsto no §6º do art. 4º da Lei 8437/92 a ausência de qualquer vinculação.

3. Com a suspensão de segurança, o efeito suspensivo do agravo de instrumento fica prejudicado ou superado. Apesar disso, o agravo de instrumento deve seguir para julgamento, porque a reforma ou anulação da decisão somente serão obtidas através deste. Necessário e devida a análise do mérito do recurso.

4. Urge a sindicância (também) dos impactos sociais e culturais que o empreendimento (Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120 - concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral) irá trazer à comunidade quilombola. E tal análise deve ser prévia. Esse é o ponto crucial da tutela de urgência requerida (pelo MPF) no presente agravo de instrumento.

2. De fato, o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997). A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver. Devem ser realizadas antes de qualquer decisão administrativa, a fim de efetivamente possibilitar que os grupos tradicionais e minoritários exerçam influência na deliberação a ser tomada pelos órgãos oficiais. Diferente da audiência pública do procedimento de licenciamento ambiental, cuja finalidade é informar à sociedade em geral e fomentar a sua participação quanto aos impactos ambientais (art. 225 da Constituição). O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção nº. 169/OIT, no dia 20 de junho de 2002, que entrou em vigor em 25 de julho de 2003. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 25 de setembro de 1992 e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, também oferecem proteções internacionais, localizando o direito à CCPLI no rol dos direitos humanos fundamentais para povos indígenas e tribais. Pelo fato de disporem sobre direitos humanos, as citadas Convenções foram incorporadas à legislação brasileira na qualidade de normas supralegais, possuindo aplicabilidade imediata, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF).

3. No plano jurisprudencial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI como “princípio geral do Direito Internacional” [Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y

Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf]. A jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos reforçou a necessidade de os Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo ou comunidade tradicional. No mesmo sentido, os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, reconheceram o direito à CCPLI em casos envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais. O artigo 6º da Convenção 169/OIT prevê que devem ser consultadas todas as medidas administrativas e legislativas que afetem diretamente povos indígenas e tribais. Trata-se de oportunidade para o diálogo intercultural influenciar a decisão de governo. Assim, não caberiam hipóteses de exclusão do direito à consulta sobre medidas que afetam os povos interessados, suas terras e seus direitos; nem de restrição por interesse público ou diminuição do escopo da consulta para mera negociação de mitigações e compensações. Ao julgar os casos *Saramaka vs. Suriname* (2007) e *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012), a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez uso da técnica de interpretação evolutiva para ampliar o alcance do artigo 21 da CADH (direito de propriedade) ao direito de propriedade comunal de povos indígenas e tribais, e a sua exclusividade no uso e gozo de seu território e de seus recursos naturais. A regra, portanto, é a exclusividade. Nesse sentido, o Sistema Interamericano entende que, excepcionalmente, qualquer limitação ou restrição ao direito à propriedade comunal e ao usufruto exclusivo deve atender simultaneamente a cinco requisitos: a) estar prevista em lei; b) ser necessária; c) ter um fim legítimo; d) ser proporcional à lesão causada ao direito restringido; e) não ameaçar a subsistência física ou cultural do povo. A fim de assegurar que a medida prevista não ameace a subsistência do grupo afetado, o Estado deve cumprir três garantias adicionais: realização de consulta prévia, livre e informada; repartição de benefícios, e estudo de impactos conduzidos por entidades independentes e tecnicamente capazes. Assim, violam a Convenção 169/OIT e o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos as interpretações que restrinjam o alcance da consulta ou estabeleçam exceção às hipóteses de incidência. A “urgência” ou o “interesse público” que supostamente subjazem a uma medida não autorizam o governo a deixar de consultá-la, mesmo porque estas exceções não estão previstas nas normas internacionais.

4. No que diz respeito à CCPLI, no caso *Raposa Serra do Sol*, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser excepcionado quando estiverem em jogo outros bens constitucionais relevantes, como a defesa nacional. Significa que a corte constitucional brasileira compreendeu que operações militares não gerariam a obrigação de consulta aos povos afetados da região. Porém, ainda de acordo com o STF, o mesmo entendimento não

poderia ser estendido a outros projetos como, por exemplo a construção de uma estrada, mesmo que estrategicamente importante. A decisão da Suprema Corte brasileira dispôs que os resultados da consulta “devem ser honesta e seriamente considerados”, afirmando ainda que tal recomendação não significava que a decisão final do Poder Público dependeria de aquiescência dos indígenas.

5. Provimento ao agravo de instrumento, para se determinar a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu tutela antecipada requerida pelo MPF nos autos da ACP nº 5004871-57.2020.4.04.7204 ajuizada em face do ICMBio e do INCRA.

Em suas razões, o MPF sustenta que o quadro fático se alterou sensivelmente, uma vez que *"a concessão dos Parques Aparados da Serra e Serra Geral foi concluída, tendo sido adjudicada como vencedora a empresa CONSTRUCAP (evento 41 - PET1), a qual apresentara lance de R\$ 20.500.000,00 (vinte milhões quinhentos mil reais) pela concessão das duas unidades (evento 38 - ANEXO2)"*.

Alega o 'parquet' que os impactos ambientais sobre a comunidade quilombola São Roque não devem ser estimados apenas com os dados periciais físicos ou biológicos, isso porque há todo um conjunto social e cultural que restará alterado pela exploração comercial dos parques.

Outrossim, sustenta que o fato de já existir atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, não justificaria a legalidade do processo licitatório de concessão de serviços do parque à iniciativa privada. Por óbvio, a empresa Construcap, que se sagrou vencedora do processo licitatório de concessão de serviços junto aos parques, visará ao lucro de forma primordial, o que certamente difere do que vem ocorrendo atualmente com as atividades que são geridas pelo ICMBio. Dessa feita, embora o concessionário tenha que obedecer aos termos contratuais e ao previsto no edital, não há dúvidas de que a atividade por ele desenvolvida aumentará sobremaneira o acesso de particulares aos parques e passará a afetar a vida da comunidade São Roque de maneira mais drástica.

Ainda, sustenta que o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997).

Requer, então e de forma antecipada, a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

A antecipação de tutela recursal foi deferida, para se "determinar a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral".

Foram apresentadas contrarrazões.

O ICMBio interpôs agravo interno.

Ofício do STJ foi juntado aos autos eletrônicos (evento 13), comunicando a concessão de suspensão de segurança por aquela Presidência.

É o relatório.

VOTO

De início, cabe analisar os efeitos jurídicos da suspensão de segurança concedida pelo MM. Presidente do STJ (evento 13).

Apesar de entendimento doutrinário em sentido contrário, prevalece que o pedido de suspensão de segurança tem natureza jurídica de incidente processual e seu caráter é político. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. VALOR ADICIONADO FISCAL. CRITÉRIO DE CÁLCULO. LEGITIMIDADE E INTERESSE DO ESTADO FEDERADO. MEDIDA CONCEDIDA MEDIANTE JUÍZO POLÍTICO PREVISTO NO ART. 4º DA LEI 8.437/92. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.
(...)

5. Quanto ao mérito da decisão suspensiva, "[E]sta Corte já concluiu no sentido de **não ser cabível o apelo extremo de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão, uma vez que o apelo extremo visa combater argumentos que digam respeito a exame de legalidade, ao passo que o pedido de suspensão ostenta juízo político**" (AgRg no REsp 1.301.766/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/04/2012). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 103.670/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/10/2012; AgRg no REsp 1.207.495/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/04/2011; AgRg no Ag 1.210.652/PI, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe16/12/2010. (AgRg no AREsp 126.036/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 04/12/2012, DJe de 07/12/2012). (grifo nosso)

Segundo §9º do art. 4º da Lei 8437/92, "*a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal*", não sendo atingida por sentença ou liminar superveniente. Assim, foi conferida ultratividade à decisão que dá provimento ao pedido de suspensão de segurança.

Nesse sentido, a súmula 626 do STF aplica a ultratividade também em sede de mandado de segurança, quando a suspensão for deferida originariamente por Tribunal Superior, nos seguintes termos:

Súmula 626: A suspensão liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão de segurança ou, havendo recurso, até sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Todavia, vale ressaltar que o pedido de suspensão de segurança e o agravo de instrumento são autônomos entre si, de modo que têm pressupostos diferentes e a decisão proferida em qualquer deles não vincula ou influencia a outra.

De fato, o agravo de instrumento, previsto no art. 1015 do CPC/15, é recurso destinado à reforma ou anulação da decisão, em razão de error in iudicando ou error in procedendo, e deve observar o prazo legal de 15 dias úteis para sua interposição, conforme §5º do art. 1003 c/c art. 219 do CPC/15.

Por outro lado, o pedido de suspensão de segurança destina-se apenas a suspender os efeitos da decisão que cause grave lesão à saúde, economia, segurança ou ordem pública, além de não submeter-se a prazo específico, podendo ser interposta a qualquer momento até o trânsito em julgado.

Logo, depreende-se que não há violação ao princípio da singularidade, sendo plenamente possível a interposição concomitante de ambos, além de expressamente previsto no §6º do art. 4º da Lei 8437/92 a ausência de qualquer vinculação:

Art.4º: (...)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001).

Deve-se ressaltar, todavia, que **caso o pedido de suspensão seja deferido, o efeito suspensivo do agravo de instrumento fica prejudicado ou superado**. Apesar disso, o agravo de instrumento deve seguir para julgamento, porque a reforma ou anulação da decisão somente serão obtidas através deste.

Não há perda (superveniente) do objeto do agravo.

Portanto, passo a analisar o mérito do recurso.

Para evitar a tautologia e tendo em conta que não foram trazidas novas razões de fato ou direito (pelos agravados), peço vênias para reproduzir os fundamentos que já lancei na decisão inicial.

Vejam os.

a) Histórico do litígio

Na origem, o MPF moveu ação civil pública com pedido de tutela cautelar contra o INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBio e do INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA.

O MPF postulava, num primeiro momento, em sede de antecipação de tutela:

c) seja determinada cautelarmente, nos termos do art. 308, § 1º, do CPC, a suspensão do processo licitatório Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, que visa à concessão de terras dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral;

Para tanto, argumentava que o ICMBio lançou o projeto Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, cujo objeto, segundo a minuta do edital de licitação, é a concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral destinada à revitalização, modernização, operação, manutenção e gestão das áreas dos parques. Atualmente, o processo licitatório estaria na fase de apresentação de propostas. Acrescenta que, no bojo do processo de concessão, o ICMBio não realizou consulta aos moradores do interior dos parques, principalmente à comunidade quilombola São Roque. A Assessoria Pericial do MPF analisou a íntegra do projeto de concessão dos Parques Aparados da Serra e Serra Geral, concluindo que pode haver influência e impacto nas terras e no modo de vida da Comunidade Quilombola São Roque.

Após as manifestações prévias do ICMBio e do INCRA (eventos 9 e 10), indeferiu-se o pedido de tutela cautelar antecedente (evento 12).

O MPF interpôs agravo de instrumento, porém esta Turma negou provimento ao recurso (evento 21).

O INCRA ofereceu contestação (evento 23). Tratou sobre o processo administrativo de regularização fundiária de terras de comunidades remanescentes de quilombos. Aventou a existência de limitações à dotação orçamentária. Disse que não agiu com desídia, notadamente diante das consequências da pandemia causada pela COVID-19. Requereu a improcedência dos pedidos.

O ICMBIO também contestou (evento 24). Prestou esclarecimentos sobre a concessão dos serviços de apoio à visitação. Tratou sobre a relevância do turismo ecológico. Sustentou que a área de sobreposição entre as terras quilombolas e as unidades de conservação federal não está abrangida pelo objeto da futura concessão. Informou que o procedimento de concessão está em sua fase inicial, com pendência da análise pelo TCU. Asseverou que não há necessária relação entre a regularização fundiária e a possibilidade de concessão. Asseverou que já existe estudo antropológico e que a concessão não ira inaugurar a visitação do parque por turistas, que já vem ocorrendo. Ao fim, postulou a improcedência dos pedidos.

O Ministério Público Federal requereu a intimação do ICMBIO sobre a possibilidade de conciliação (evento 30) e juntou a documentos relacionados à análise do TCU sobre o projeto de concessão de exploração dos parques nacionais e direitos dos quilombolas (evento 34).

O MPF veio aos autos noticiar "que a licitação envolvendo a concessão de uso e exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral havia sido concluída, tendo sido adjudicada como vencedora a empresa Construcap". Asseverou que o procedimento foi concluído sem comunicação ao MPF e emissão de parecer pelo TCU. Requereu a intimação do ICMBIO para prestar esclarecimentos (evento 38).

No seguir, o MPF requereu a concessão de medida cautelar para suspensão do "contrato de concessão firmado com a empresa CONSTRUCAP e quaisquer atos relativos à execução do objeto da licitação de concessão dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral" (evento 41).

O ICMBIO informou que encaminhou pedido de subsídios ao PFE-ICMBIO, tendo em vista os pleitos do MPF nos eventos 38 e 41.

O juiz indeferiu a tutela antecipada (pela segunda vez), da seguinte forma:

(...) Inicialmente, reporto-me à decisão que indeferiu a medida cautelar pleiteada (evento 12 - grifos no original):

A concessão da tutela cautelar antecedente requerida pelo MPF exige a demonstração do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Neste caso, o perigo de dano foi fundado no risco de limitação ou privação dos direitos dos quilombolas às terras que ocupam, em razão da iminente concessão que o ICMBio pretende realizar, bem como que a continuidade do processo licitatório nos moldes atualmente propostos também pode causar danos aos licitantes.

Contudo, o ICMBio informou que **o procedimento está em fase inicial, muito anterior à apresentação de propostas pelos licitantes.** Como antes referido, em maio do corrente ano, **o projeto foi submetido ao TCU para avaliação da qualidade dos estudos e da legalidade do processo, onde ainda se encontra.** Quando o tribunal de contas concluir a análise, inclusive quanto aos aspectos ambientais e socioambientais, o ICMBio realizará as adequações propostas para posterior publicação dos documentos editalícios, com as regras para a participação no certame e realização da sessão pública com a apresentação de propostas (evento 10, PET1).

Desse modo, não restou comprovado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devendo-se, assim, privilegiar o contraditório e a ampla defesa.

Ressalvo que, a qualquer momento, havendo provas concretas de que a eventual futura decisão de procedência poderá ser ineficaz em decorrência da iminente concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral, o pedido poderá ser reapreciado.

Ante o exposto, **INDEFIRO, por ora**, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente pelo MPF.

Percebe-se, portanto, que o principal fundamento para o indeferimento da tutela cautelar foi o estágio inicial do procedimento de concessão de terras dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral. Todavia, segundo o MPF, o quadro fático alterou-se sensivelmente, uma vez que "a concessão dos Parques Aparados da Serra e Serra Geral foi concluída, tendo sido adjudicada como vencedora a empresa CONSTRUCAP" (evento 41 - PET1), que apresentou lance de R\$ 20.500.000,00 (vinte milhões quinhentos mil reais) pela concessão das duas unidades (evento 38 - ANEXO2).

Nesse ponto, é importante mencionar o julgamento proferido pelo TRF4 no agravo de instrumento nº 5030196-15.2020.4.04.0000, de cujo voto condutor se extrai:

Quando da análise do pedido de antecipação de tutela, foi proferida a seguinte decisão:

"Primeiramente, destaco que nos termos do artigo 1.046 do Código de Processo Civil/2015, em vigor desde 18 de março de 2016, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869/1973, não se aplicando retroativamente, contudo, aos atos processuais já praticados e às situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, conforme expressamente estabelece seu artigo 14.

No caso em tela, a decisão agravada foi publicada na vigência do CPC/2015, portanto, necessária a análise sob a ótica da lei atualmente em vigor.

Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência somente poderá ser deferida se houver nos autos elementos que evidenciem, concomitantemente, (a) a probabilidade do direito e (b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A criação de Unidades de Conservação - UC tem por escopo a preservação da biodiversidade, salvaguardando espaços territoriais com características naturais relevantes, conforme Lei nº 9.985/00.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio – é responsável por propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as unidades de conservação federais, além de fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e exercer o poder de polícia ambiental para a proteção da biodiversidade em todo o Brasil. Para tanto, o Instituto necessita de recursos públicos (financeiros, materiais e humanos) para o desempenho de seus resultados.

Para fortalecer a atuação nas UCs e dar maior qualidade à garantia da preservação, considerando as dificuldades financeiras do orçamento público e considerando o potencial de exploração e de geração de benefícios econômicos e sociais, foi formulado o projeto de fomento às Parcerias Ambientais Público-Privadas - PAPPs para gestão de UCs denominado PAPPs – BR – M1120 (https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/noticias/2019/termo_de_referencia_4417429_papp_trilha_chico_mendes.pdf).

Os Parques Aparados da Serra e Serra Geral foram incluídos no projeto, somando uma área de 30.400 hectares, unidade de conservação brasileira de proteção integral da natureza localizada na serra Geral, encampando os desfiladeiros na divisa natural entre os Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

Ocorre que, no interior do Parque, houve a demarcação da Comunidade Quilombola São Roque. Em dezembro de 2004, a referida Comunidade foi certificada pela Fundação Cultural Palmares, e no final do ano de 2007 o INCRA fez publicar em Diário Oficial o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID do Território quilombola tendo este 7.327,6941 hectares, localizados na região que faz fronteira entre os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, conforme Procedimento Administrativo INCRA n.º 54210.000262/2005-41, ainda não ultimado.

Instaurado o Inquérito Civil 1.33.003.000173/2019-10 para acompanhar o processo, o MPF oficiou ao ICMBio, o qual informou que a "área ocupada pelas comunidades quilombolas não será objeto da concessão que se pretende implementar nos Parques Nacionais de Aparados da Serra e da Serra Geral motivo pelo qual não foram realizados estudos de impacto social dos serviços que serão concedidos sobre a comunidade quilombola" (evento 1, PROCADM3, fl. 23).

Conforme Ofício nº 544/2019 do ICMBio ao MPF (evento 1, PROCADM3, fl. 24).

"O EVE - Estudo de Viabilidade Econômica realizado em 2017 por empresa contratada não previu concessão para a região onde se insere a Comunidade Quilombola São Roque. As análises se pautaram nos chamados núcleos Itaimbezinho, Malacara, Fortaleza e Rio do Boi, que não abrangem o território da Comunidade, motivo pelo qual não foi feito estudo de impacto social para a região do território São Roque.

Outrossim, cabe informar que há um Projeto de Educação Ambiental em curso junto à Comunidade que prevê o desenvolvimento de estratégias de Turismo de Base Comunitária, visando o fortalecimento das potencialidades cooperativas entre o ICmbio e a Comunidade, com abordagem do desenvolvimento do etnoturismo como forma de geração alternativa de renda e manutenção dos modos de vida e do patrimônio material e imaterial de São Roque em consonância com os objetivos de conservação dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral."

Em vista de tal resposta, o MPF solicitou a realização de perícia, por engenheiro ambiental, a fim de que sejam analisadas as seguintes questões (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

"1. seja plotado em mapa a localização da comunidade quilombola São Roque e dos núcleos dos Parques Nacionais da Serra Geral e Aparados da Serra estipulados na parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBIO, a saber: Malacara, Tigre Preto, Fortaleza, Rio do Boi, Morro Agudo, Itaimbezinho e Pedra do Segredo;

2. seja calculada a distância de cada um dos núcleos referidos em relação à comunidade quilombola;

3. sejam identificados os cursos d'água que existem nas proximidades da comunidade quilombola;

4. seja analisado se os empreendimentos e serviços que serão disponibilizados a partir da parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBio poderão afetar, sob o ponto de vista ambiental, a comunidade quilombola, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação às suas terras.

Solicite-se urgência, tendo em vista que a parceria público privada está prestes a ser realizada."

Providenciada a perícia, quanto à distância de cada um dos núcleos referidos em relação a comunidade quilombola, esclareceu que (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

"Conforme o PAPP (p. 33), os núcleos no PNAS foram identificados da seguinte forma: 1. Núcleo Itaimbezinho; 2. Núcleo Rio do boi; 3. Núcleo Morro Agudo. No PNSG foram definidos os seguintes núcleos: 1. Núcleo Fortaleza; 2. Núcleo Malacara; 3. Núcleo Piscinas do Malacara; 4. Núcleo do Tigre Preto.

Situam-se entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice), os limites do núcleo PIC Mampituba, porém, o PAPP informa que esse “núcleo não foi avaliado no presente trabalho tendo em vista a situação de sobreposição com terras quilombolas” (p. 33, nota de rodapé 11).

O núcleo Pedra do Segredo não consta entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice). Conforme o PAPP, no núcleo Fortaleza estão abertas a visitação a 4 (quatro) trilhas, quais sejam: Trilha do Estacionamento-Mirante da Borda do Fortaleza, Trilha do Mirante do Fortaleza, Trilha da Pedra do Segredo e Travessia da Borda Sul do Fortaleza (p.44).

(...)

Na Figura 1 (Apêndice) estão dispostas as distâncias entre os limites do território quilombola e o polígono envoltório de cada núcleo de visitação proposto no PAPP, medidas em ambiente SIG. Essas distâncias variam entre aproximadamente 0,9 km no caso do Núcleo Rio do Boi até aproximadamente 24 km no caso do Núcleo Tigre Preto. Convém enfatizar que se tratam das distâncias em linha reta e entre os limites dos polígonos.

As distâncias são maiores se forem considerados os pontos dentro dos núcleos a serem explorados turisticamente e o local atualmente ocupado pelas residências e culturas agrícolas da comunidade quilombola.

(...)

Estima-se que não haverá impactos ambientais diretos sobre a comunidade quilombola sob o ponto de vista físico e biótico, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação as suas terras."

Não se ignora que a licitação para exploração da área pode trazer um fluxo maior de turistas ao local. Como consta na perícia, "O projeto prevê, em um cenário otimista, cerca de 350 mil visitantes ao longo do ano de 2022 nos núcleos Itaimbezinho, Fortaleza, Rio do Boi e Malacara (Projeto Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, Produto 2, p. 59). Não há

informações nos autos sobre a instauração de um processo de licenciamento ambiental em decorrências dessas atividades no interior de unidades de conservação federais".

Entretanto, o aumento do fluxo não tem como consequência imediata e necessária danos ambientais aos parques e culturais à comunidade. Trata-se de concessão de exploração em parceria público privada de Unidade de Conservação Federal, regida por regramento específico de proteção ambiental, que não só deve estar previsto no contrato como é objeto de lei a punição administrativa, cível e criminal a prática de qualquer dano ou a ocorrência de qualquer prejuízo ao meio ambiente local.

Não se pode presumir que a concessionária irá descumprir a lei, da qual deve ter ciência desde o início de seus projetos, inclusive no que tange à Comunidade Quilombola local, a qual vê-se não é ignorada pelo projeto do ICMBio, que excluiu da área a ser licitada o perímetro da comunidade cuja demarcação pende de perfectibilização.

Outrossim, no local já existem atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, e o fluxo de turistas na área poderá vir a beneficiar a própria comunidade em razão da proximidade das possibilidades comerciais.

Não existindo dano iminente à comunidade quilombola nem havendo sobreposição da área concedida com a área demarcada, também não vislumbro irregularidade nos procedimentos ultimados até então, em especial o momento de inquirição e consulta da Comunidade acerca do projeto.

Como bem informou o ICMBio, "o procedimento está em fase inicial, muito anterior à apresentação de propostas pelos licitantes. Como antes referido, em maio do corrente ano, o projeto foi submetido ao TCU para avaliação da qualidade dos estudos e da legalidade do processo, onde ainda se encontra. Quando o tribunal de contas concluir a análise, inclusive quanto aos aspectos ambientais e socioambientais, o ICMBio realizará as adequações propostas para posterior publicação dos documentos editalícios, com as regras para a participação no certame e realização da sessão pública com a apresentação de propostas (evento 10, PET1).

Assim, como bem decretou o MM Juízo de primeiro grau, "não restou comprovado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devendo-se, assim, privilegiar o contraditório e a ampla defesa.

Ressalvo que, a qualquer momento, havendo provas concretas de que a eventual futura decisão de procedência poderá ser ineficaz em decorrência da iminente concessão de Uso dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral, o pedido poderá ser reapreciado."

Desta forma, ao menos neste juízo perfunctório, não vislumbro preenchidos os requisitos para a concessão liminar.

Ante o exposto, indefiro o pleito liminar."

Inexistem razões para alterar o entendimento inicial, cuja fundamentação integra-se ao voto.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

Portanto, conforme a análise efetivada pela instância superior, ao menos no presente juízo de cognição sumária, própria do momento processual, não existe prova de que o procedimento de concessão impugnado na ação tenha o alegado potencial lesivo ambiental e cultural às comunidades quilombolas.

Nesse aspecto, a perícia ambiental solicitada pelo próprio MPF estimou que "não haverá impactos ambientais diretos sobre a comunidade quilombola sob o ponto de vista físico e biótico, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação as suas terras". Concluiu, ainda, que "As menores distâncias entre os limites do território quilombola São Roque e os núcleos de visitação

do PAPP variam entre aproximadamente 0,9 km no caso do Núcleo Rio do Boi até aproximadamente 24 km no caso do Núcleo Tigre Preto" (evento 1 - PROCADM5, p. 61).

Além disso, como bem referiu o Tribunal, o potencial aumento do fluxo de turistas na localidade não produzirá, necessariamente, danos ambientais aos parques e culturais à comunidade, uma vez que a concessão de exploração em parceria público privada submete-se às normas ambientais e aos próprios regramentos do contrato a ser firmado com a administração pública. Não se pode, nesse norte, presumir que a concessionária vencedora do certame irá descumprir a lei.

Por tais motivos, **indefiro** o novo pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente. (...)

b) Atual situação e novo pedido de antecipação de tutela

A alteração do quadro fático permite à parte novo pedido de antecipação de tutela, no caso, com a mesma base, qual seja, o perigo na demora.

Para fortalecer a atuação nas UCs e dar maior qualidade à garantia da preservação, considerando as dificuldades financeiras do orçamento público e considerando o potencial de exploração e de geração de benefícios econômicos e sociais, foi formulado o projeto de fomento às Parcerias Ambientais Público-Privadas - PAPPS para gestão de UCs denominado PAPPS – BR – M1120. Os Parques Aparados da Serra e Serra Geral foram incluídos no projeto, somando uma área de 30.400 hectares, unidade de conservação brasileira de proteção integral da natureza localizada na serra Geral, encampando os desfiladeiros na divisa natural entre os Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. Ocorre que, no interior do Parque, houve a demarcação da Comunidade Quilombola São Roque. Em dezembro de 2004, a referida Comunidade foi certificada pela Fundação Cultural Palmares, e no final do ano de 2007 o INCRA fez publicar em Diário Oficial o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID do Território quilombola tendo este 7.327,6941 hectares, localizados na região que faz fronteira entre os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, conforme Procedimento Administrativo INCRA n.º 54210.000262/2005-41, ainda não ultimado.

No voto-condutor do julgamento do anterior AI (nº 50301961520204040000), a situação fática demonstrava um perigo inicial, isso é, não se tinha notícia de desdobramentos na licitação.

Todavia, hoje e conforme relatado pelo MPF, já há uma empresa que adjudicou a licitação e está na iminência de iniciar seus trabalhos físicos no local para cumprimento do contrato. Ou seja, o perigo aumentou, se tornou forte e iminente.

Portanto, um dos requisitos à concessão de tutela antecipada de urgência está satisfeito. Resta analisar a probabilidade do direito alegado pelo MPF.

Vejamos.

O MPF solicitou a realização de perícia (autos originários), por engenheiro ambiental, a fim de que sejam analisadas as seguintes questões (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

- "1. seja plotado em mapa a localização da comunidade quilombola São Roque e dos núcleos dos Parques Nacionais da Serra Geral e Aparados da Serra estipulados na parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBIO, a saber: Malacara, Tigre Preto, Fortaleza, Rio do Boi, Morro Agudo, Itaibeizinho e Pedra do Segredo;
2. seja calculada a distância de cada um dos núcleos referidos em relação à comunidade quilombola;
3. sejam identificados os cursos d'água que existem nas proximidades da comunidade quilombola;
4. seja analisado se os empreendimentos e serviços que serão disponibilizados a partir da parceria público-privada que será estabelecida pelo ICMBio poderão afetar, sob o ponto de vista ambiental, a comunidade quilombola, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação às suas terras.

Solicite-se urgência, tendo em vista que a parceria público privada está prestes a ser realizada."

Providenciada a perícia, quanto à distância de cada um dos núcleos referidos em relação a comunidade quilombola, o perito esclareceu que (evento 1, PROCADM3, fl. 36):

"Conforme o PAPP (p. 33), os núcleos no PNAS foram identificados da seguinte forma: 1. Núcleo Itaimbezinho; 2. Núcleo Rio do boi; 3. Núcleo Morro Agudo. No PNSG foram definidos os seguintes núcleos: 1. Núcleo Fortaleza; 2. Núcleo Malacara; 3. Núcleo Piscinas do Malacara; 4. Núcleo do Tigre Preto.

Situam-se entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice), os limites do núcleo PIC Mampituba, porém, o PAPP informa que esse “núcleo não foi avaliado no presente trabalho tendo em vista a situação de sobreposição com terras quilombolas” (p. 33, nota de rodapé 11).

O núcleo Pedra do Segredo não consta entre os polígonos do PAPP (p. 34, Figura 1 – Apêndice). Conforme o PAPP, no núcleo Fortaleza estão abertas a visitação a 4 (quatro) trilhas, quais sejam: Trilha do Estacionamento-Mirante da Borda do Fortaleza, Trilha do Mirante do Fortaleza, Trilha da Pedra do Segredo e Travessia da Borda Sul do Fortaleza (p.44).

(...)

Na Figura 1 (Apêndice) estão dispostas as distâncias entre os limites do território quilombola e o polígono envoltório de cada núcleo de visitação proposto no PAPP, medidas em ambiente SIG. Essas distâncias variam entre aproximadamente 0,9 km no caso do Núcleo Rio do Boi até aproximadamente 24 km no caso do Núcleo Tigre Preto. Convém enfatizar que se tratam das distâncias em linha reta e entre os limites dos polígonos.

As distâncias são maiores se forem considerados os pontos dentro dos núcleos a serem explorados turisticamente e o local atualmente ocupado pelas residências e culturas agrícolas da comunidade quilombola.

(...)

Estima-se que não haverá impactos ambientais diretos sobre a comunidade quilombola sob o ponto de vista físico e biótico, seja em relação aos seus cursos d'água, seja em relação às suas terras."

Em resumo, o 'expert' constatou que - fisicamente (aspecto territorial e biológico) - não haveria impactos ambientais consideráveis à comunidade quilombola com a concessão dos parques.

Entretanto, não se trata apenas de tais aspectos. Com bem colocado pelo MPF, urge uma análise - também - dos impactos sociais e culturais que o empreendimento (com o aumento da visitação de turistas) irá trazer à comunidade quilombola.

E tal análise deve ser prévia. Esse é o ponto crucial da tutela de urgência.

De fato, o procedimento da consulta **livre, prévia e informada** deve ser adotado **antes de qualquer conduta administrativa** e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997).

A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver. Devem ser realizadas antes de qualquer decisão administrativa, a fim de efetivamente possibilitar que os grupos tradicionais e minoritários exerçam influência na deliberação a ser tomada pelos órgãos oficiais. Diferente da audiência pública do procedimento de licenciamento ambiental, cuja finalidade é informar à sociedade em geral e fomentar a sua participação quanto aos impactos ambientais (art. 225 da Constituição).

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção nº. 169/OIT, no dia 20 de junho de 2002, que entrou em vigor em 25 de julho de 2003. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 25 de setembro de 1992 e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, também oferecem proteções internacionais, localizando o direito à CCPLI no rol dos direitos humanos fundamentais para povos indígenas e tribais. Pelo fato de disporem sobre direitos humanos, as citadas Convenções foram incorporadas à legislação brasileira na qualidade de normas supraleais, possuindo aplicabilidade imediata, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (STF).

No plano jurisprudencial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, definiu o direito à CCPLI como “princípio geral do Direito Internacional” [Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf].

A jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos reforçou a necessidade de os Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo ou comunidade tradicional. No mesmo sentido, os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, reconheceram o direito à CCPLI em casos envolvendo povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais.

O artigo 6º da Convenção 169/OIT prevê que devem ser consultadas todas as medidas administrativas e legislativas que afetem diretamente povos indígenas e tribais. Trata-se de oportunidade para o diálogo intercultural influenciar a decisão de governo. Assim, não caberiam hipóteses de exclusão do direito à consulta sobre medidas que afetam os povos interessados, suas terras e seus direitos; nem de restrição por interesse público ou diminuição do escopo da consulta para mera negociação de mitigações e compensações. Ao julgar os casos *Saramaka vs. Suriname* (2007) e *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012), a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez uso da técnica de interpretação evolutiva para ampliar o alcance do artigo 21 da CADH (direito de propriedade) ao direito de propriedade comunal de povos indígenas e tribais, e a sua exclusividade no uso e gozo de seu território e de seus recursos naturais. A regra, portanto, é a exclusividade. Nesse sentido, o Sistema Interamericano entende que, excepcionalmente, qualquer limitação ou restrição ao direito à propriedade comunal e ao usufruto exclusivo deve atender simultaneamente a cinco requisitos: a) estar prevista em lei; b) ser necessária; c) ter um fim legítimo; d) ser proporcional à lesão causada ao direito restringido; e) não ameaçar a subsistência física ou cultural do povo. A fim de assegurar que a medida prevista não ameace a subsistência do grupo afetado, o Estado deve cumprir três garantias adicionais: realização de consulta prévia, livre e informada; repartição de benefícios, e estudo de impactos conduzidos por entidades independentes e tecnicamente capazes. Assim, violam a Convenção 169/OIT e o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos as interpretações que restrinjam o alcance da consulta ou estabeleçam exceção às hipóteses de incidência. A “urgência” ou o “interesse público” que supostamente subjazem a uma medida não autorizam o governo a deixar de consultá-la, mesmo porque estas exceções não estão previstas nas normas internacionais.

No que diz respeito à CCPLI, no caso *Raposa Serra do Sol*, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser excepcionado quando estiverem em jogo outros bens constitucionais relevantes, como a defesa nacional. Significa que a corte constitucional brasileira compreendeu que operações militares não gerariam a obrigação de consulta aos povos afetados da região. Porém, ainda de acordo com o STF, o mesmo entendimento não poderia ser estendido a outros projetos como, por exemplo a construção de uma estrada,

mesmo que estrategicamente importante. A decisão da Suprema Corte brasileira dispôs que os resultados da consulta “devem ser honesta e seriamente considerados”, afirmando ainda que tal recomendação não significava que a decisão final do Poder Público dependeria de aquiescência dos indígenas.

No caso dos autos, não foi oportunizado ao MPF sequer o diálogo com o ICMBio e com as comunidades envolvidas a fim de se ajustar sobre o melhor momento para concretização da licitação, o que demonstra mais uma vez a pressa e falta do dever de cuidado da autarquia ambiental para os danos que certamente ocorrerão caso o objeto da licitação seja executado sem a tomada das providências já requeridas pelo MPF.

Veja-se, a licitação de concessão já foi encerrada, tendo sido sagrado vencedora a empresa CONSTRUCAP. Entre a data das informações prestadas pelo ICMBio (23.06.2020) no agravo de instrumento já julgado por esta Turma e a data de adjudicação do vencedor, decorreram pouco mais de 6 meses, o que indica que o procedimento de licitação teve um trâmite bastante acelerado. Dessa forma, o que se percebe é que o ICMBio deu continuidade às medidas visando à concessão dos parques nacionais nada informando ao MPF ou ao juiz singular.

Conforme afirmado pelo próprio ICMBio, não houve qualquer procedimento formal de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado à população da Comunidade São Roque. Tampouco foi realizado Estudo Antropológico que indique as consequências que a concessão de serviços aos particulares, no interior dos parques Aparados da Serra e Serra Geral pode trazer à Comunidade São Roque.

O ICMBio, ao fazer presumir que tais estudos serão realizados em momento oportuno (quando requeridas as licenças ambientais para início das atividades nos parques), deturpa completamente o princípio da precaução, o qual indica que, na dúvida acerca dos potenciais danos, deve-se primar pela conservação da natureza e do patrimônio ecológico e antropológico, evitando-se, assim, atividades que possam trazer consequências negativas aos bens tutelados.

Outrossim, o fato de já existir atividades de turismo e lazer no parque, geridas pelo próprio ICMBio, não justifica a legalidade do processo licitatório (da forma como se desenrola no caso) de concessão de serviços do parque à iniciativa privada.

É da lógica comercial que a empresa Construcap visará ao lucro de forma primordial, o que certamente difere do que vem ocorrendo atualmente com as atividades que são geridas pelo ICMBio. Dessa feita, embora o concessionário tenha que obedecer aos termos contratuais e ao previsto no edital, não há dúvidas de que a atividade por ele desenvolvida

aumentará sobremaneira o acesso de particulares aos parques e passará a afetar a vida da comunidade São Roque de maneira mais drástica. Cabe salientar que se, de fato, toda a atividade concessória não for trazer prejuízos à comunidade São Roque, o que é afirmado pelo ICMBio, não há motivos para não se realizar, desde logo, a Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado à população da Comunidade São Roque e o Estudo Antropológico, a fim de sanar quaisquer dúvidas e definitivamente contemplar o princípio da precaução, além de evitar qualquer impugnação futura ao edital de licitação.

Portanto, é evidente que a execução do contrato de concessão, sem que tenham sido realizados os procedimentos de oitiva da comunidade São Roque e Estudo Antropológico pode ocasionar danos severos à comunidade, a qual terá que conviver com particulares ingressando próximos às suas terras e interferindo no seu modo de ser e viver, sem que se saiba com a exatidão as consequências dessa interferência demasiada.

Além disso, a conclusão da licitação sem que tenha havido a regularização das terras já reconhecidas como de titularidade da Comunidade São Roque, localizadas dentro dos parques nacionais, pode contribuir para que estas sejam suprimidas dos seus verdadeiros donos. Isto porque, conforme narrado na ACP, atualmente estão ocorrendo transações imobiliários de imóveis já reconhecidos de titularidade da comunidade, o que poderá aumentar, a partir do concessão de serviços dos parques nacionais.

Desta forma, há lastro legal e de fato à antecipação da tutela de urgência.

c) Dispositivo

Ante o exposto, voto por **dar provimento ao agravo de instrumento**, para determinar a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas – BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

APELANTE: INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA - IMA - NOVA DENOMINAÇÃO DO FATMA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

DATA DA DECISÃO: 21/04/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. COMUNIDADE QUILOMBOLA. PAERVE. GESTÃO DE CAMPING. RACISMO INSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA.

Improcedente a demanda que buscava a realização de convênio entre o IMA e a Comunidade Quilombola Vidal Martins para a gestão do camping do Parque Estadual do Rio Vermelho - PAERVE, além de não se considerar que houve racismo institucional no certame destinado à entrega do serviço público, que inclusive previa pontuação para pretendentes que se valessem de comunidade tradicional.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA em face de sentença de procedência proferida em ação civill pública proposta pelo Ministério Público Federal com o objetivo de: a) sejam tornadas definitivas as medidas liminares e determinada a gestão, via convênio entre IMA e a Associação da Comunidade aqui representada, do camping do PAERVE, na temporada 2018/2019, para seus devidos fins, b) condenar o IMA a pagar indenização por danos morais pelos atos de racismo institucional demonstrados, em quantia a ser fixada por este Juízo, c) sejam fixados prazos para o cumprimento da condenação e penas de multa para a hipótese de descumprimento de quaisquer de seus itens. Transcrevo o dispositivo da sentença (Evento 146):

Ante o exposto, julgo procedente o pedido veiculado pelo Ministério Público Federal para que: a) seja tornada definitiva a decisão que antecipou os efeitos da tutela do evento 124 e determinar a gestão, via convênio entre IMA e a Associação da Comunidade aqui representada, do camping do PAERVE, na temporada 2019/2020, para seus devidos fins, b) condenar o IMA a pagar indenização por danos morais pelos atos de racismo institucional demonstrados, na quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) c) fixar prazo de 10 dias para o cumprimento da decisão que antecipou os feitos da tutela do evento 124, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10.000,00 ao dia.

Ao julgar embargos declaratórios, o juízo decidiu (Evento 164):

[...]

Assim, em sendo extra petita, deverá tal determinação ser excluída da sentença, pois não foi dada oportunidade para que o IMA contestasse tal pedido.

Por conseguinte, esclarecida tal questão, tenho que não há necessidade de deferimento de efeito suspensivo na execução da sentença, pois o Convênio a ser realizado entre o IMA e os quilombolas poderá trazer benefícios e possibilitar a operação do Parque e do Camping durante o verão, trazendo benefícios ao turismo, ao IMA e aos quilombolas. Assim, suspender os efeitos da sentença apenas traria prejuízos às partes, pois o Camping outra vez permaneceria fechado durante o verão, o que traria prejuízos aos quilombolas e ao turismo local.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração opostos pelo IMA para prestar os esclarecimentos acima elencados e retirar da sentença o item 3 da decisão que antecipou a tutela do evento 124, eis que não contemplada na petição inicial, bem como indeferir o pedido de efeito suspensivo da execução de sentença.

Em suas razões recursais, sustententa o IMA ser carente de fundamentação a sentença proferida. O objetivo do MPF seria o de que fosse determinado a realização de convênio com a Comunidade Quilombola para a gestão do camping na próxima temporada, ou seja, entendendo que para tal não se faria necessário certame público. A condenação se deu tanto na determinação do convênio, mas também no reconhecimento do ilícito de racismo institucional, o que gerou a penalização em R\$ 100.000,00. Seu objetivo seria apenas o de fazer cumprir a legislação, sob pena de que seu servidores respondessem por atos de improbidade administrativa. A decisão pela realização de chamamento público visava a atender ao que dispõe a Lei nº 13.019/2014. Como a gestão do camping possui compartilhamento patrimonial, o chamamento público seria indispensável. Argumenta que a inspeção judicial realizada teria sido decisiva para o Juízo formar sua posição. Mesmo não estando a Comunidade localizada no interior do Parque Estadual e seu processo de titutlação de terras ainda se encontrar em estudo, o juízo teria concluído, sem qualquer documentação, ter sido espoliada da região pelo próprio Estado de Santa Catarina, que teria se apossado das terras centenariamente ocupadas nas atividades econômicas da comunidade. No que qualifica como ativismo judicial, pondera ter o juízo concluído ser o IMA responsável pela precariedade da comunidade, determinando então a participação da gestão do camping. Aduz que as promessas que teriam sido feitas pela gestão passada do IMA em reunião não puderam ser levadas a efeito pela nova gestão por estarem em desacordo com a legislação. Não existiria nenhum documento, por outro lado, atestando a expulsão da comunidade daquela região, sendo que o juízo deveria ter citado se entende que algum existe. Informa existir, inclusive, ação civil pública, nº 50269649420184047200, que discute a necessidade de o

INCRA finalizar o procedimento para reconhecimento, delimitação e titulação das terras reivindicadas pela comunidade remanescente de quilombo "Vidal Martins", que não teria mais utilidade em razão do entendimento do juízo. Todo o procedimento necessário para o reconhecimento das terras teria sido antecipado pela inspeção judicial levada a efeito nestes autos. Não haveria qualquer conclusão a respeito de a área onde se situa o camping pertencer à Comunidade Quilombola. O próprio INCRA apontaria, na peça contestatória daquele processo, inconsistências nas informações apresentadas. Não haveria qualquer comprovação a respeito dos constrangimentos e humilhações a que submetidos os membros da Comunidade que participaram das reuniões do Conselho do PAERVE, em que pese outras 20 entidades tenham participado do Conselho. A Comunidade integraria o Conselho do Parque desde 2017, sendo notificada de todas as reuniões, sem se falar em exclusão por parte do IMA. Ressalta ter encaminhado o convite à participação no certame à Comunidade Quilombola, sendo que o fato de não ter vencido não implica em discriminação ou preterimento. Em razão da contrapartida patrimonial, viu-se a necessidade de realização de chamamento público para a gestão do camping, com item específico de valorização da comunidade. Afirma não ser devida sua condenação por cumprir ao que determina a lei. Recorda ter realizado, inicialmente, Termo de Referência para a realização de carta-convite visando a atender às necessidades de gestão do Parque Estadual, estando a Comunidade Quilombola Vidal Martins entre os convidados. Levando-se em conta as propostas avaliadas, venceu o processo a ECO PAERVE, decisão fundamentada pelos técnicos do IMA. Posteriormente, exarou-se a Informação Técnica nº 68 sugerindo a anulação do processo TdR 07/2018 e fechamento do camping até a realização de novo processo seletivo via chamamento público, em observância à legislação. O recurso pendente da Associação Remanescentes do Quilombo Vidal Martins, nessa medida, não foi analisado. A recomendação pela anulação do certame teria sido acatada pelo Presidente do IMA em 14/01/2019, momento que se procedeu à abertura de novo edital. As hipóteses para a dispensa de chamamento público estão previstas no artigo 30 da Lei nº 13.019/2014, não estando prevista uma que contemple a contratação de comunidade tradicional. A Convenção 169 e os Decretos 5.051/2004 e 6040/2007 não dispõem, igualmente, sobre tal dispensa. Encaminhou consulta ao Tribunal de Contas do Estado que, embora tenha considerada prejudicada a análise em razão de já estar a questão submetida ao Judiciário, valeu-se de julgados afirmando a necessidade de licitação quando da utilização de bem público para exploração remunerada de terceiros. O edital de chamamento teria sido editado visando a atender aos princípios da legalidade e da impessoalidade. No item "c" da folha 70 do edital, destaca a atribuição de 10 pontos para a OSC que tenha em seu estatuto

social objetivos voltados a populações tradicionais ou documento público que ateste se tratar de comunidade tradicional. Permitiu-se a atuação em rede na execução do objeto, sendo possível que diversas OSCs conjuntamente atuem para alcançar os objetivos propostos no edital. Não teria havido exclusão Comunidade, portanto, mostrando-se possível que tivesse suprido os requisitos não atendidos com parcerias com outras OSCs. Por outro lado, a consulta aos povos interessados, prevista na Convenção 169 da OIT, pressupõe a existência de medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los. No caso dos autos isso não seria possível, tendo em conta que a área objeto do chamamento não é o mesmo de moradia dos membros da Associação dos Remanescentes do Quilombo Vidal Martins. Argumenta não estarem presentes os pressupostos caracterizadores do dano moral coletivo. Requer o provimento do recurso de apelação para que se reconheça a improcedência da ação civil pública.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões no Evento 185 dos autos originários.

A DPU apresentou contrarrazões no Evento 189 dos autos originários.

O INCRA apresentou contrarrazões no Evento 191 dos autos originários.

Em parecer, Evento 4, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da apelação e da remessa necessária.

Na petição do Evento 5, requereu o Ministério Público Federal tramitação prioritária para o feito.

É o relatório.

VOTO

A questão relativa à exploração do camping localizado no Parque Estadual do Rio Vermelho - PAERVE, trazido a esta Turma, agora, em recurso de apelação, já veio a este Tribunal no agravo de instrumento nº 50359108720194040000 e no pedido de efeito suspensivo à apelação nº 50436595820194040000.

No agravo de instrumento, questionava-se a decisão que deferiu a liminar na ação civil pública para determinar a imediata suspensão do processo administrativo licitatório em curso, relativo à gestão do camping existente na comunidade quilombola Vidal Martins, bem como para determinar a outorga da gestão, na temporada 2019/2020, para a comunidade quilombola Vidal Martins e, ainda, para que se constitua comissão composta por membros da comunidade quilombola, integrantes do INCRA, integrantes do IMA, colaboradores técnicos da comunidade e professores da UFSC ou UDESC aceitos pela comunidade, a fim de que

acompanhe os trabalhos de análise da elaboração de um novo edital para a gestão do camping na temporada 2020/2021.

Em decisão liminar, concedi parcialmente o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspendendo a decisão agravada na parte em que outorgou a gestão do camping do parque na temporada 2019/2020 para a Comunidade Quilombola Vidal Martins, mantendo a determinação de constituição de comissão para a elaboração de novo edital, com a ressalva de que a participação de especialistas da UFSC ou UDESC não demandaria a aceitação pelos membros da comunidade e sem prejuízo de uma recusa motivada ser examinada pelo Juízo e sujeita a recurso a este Regional.

A compreensão que tive, naquele momento, é a de que, em um só salto, considerou-se irregular o certame posto e entregou-se seu objeto à comunidade quilombola. Nem a irregularidade era clara, nem o direito da comunidade se mostrava presente. Fundamentei (Evento 4 do agravo de instrumento nº 50359108720194040000):

O Ministério Público Federal requer a concessão do prazo de 5 dias para manifestar-se sobre o pedido de concessão do efeito suspensivo. Sem por em dúvida a nobre intenção de esclarecer pontos obscuros na complexa questão trazida a este Regional, a intervenção do órgão ministerial como fiscal do ordenamento jurídico se dá, como dispõe o artigo 1.019, inciso III, do CPC, pelo prazo de 15 dias, após o exame do pedido preliminar e da intimação da parte agravada para resposta. No caso, tratando-se o próprio Ministério Público da parte agravada, a pretensão poderia inverter a lógica de que o pedido de concessão do efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal, por sua urgência, é decidido "inaudita altera pars", o que até pode se justificar quando o requisito do "periculum in mora" não se faz presente, o que não é o caso, dado que um edital para exploração de um serviço público foi suspenso e o objeto do certame imediatamente entregue a uma parte.

Avançando, não reputo carente de fundamentação a decisão agravada. Deve ser lida no contexto das discussões tidas na audiência dos Eventos 125, 126, 127 e 128. A afronta tida à Convenção 169 OIT refere-se à ausência de participação da Comunidade Quilombola Vidal Martins na elaboração do edital de exploração do camping localizado no Parque Estadual do Rio Vermelho - PAERVE. Trata-se, por outro lado, de questão controversa, pois na audiência se referiu que havia participação da comunidade em conselho. Ainda, foi dito que o representante da comunidade tradicional deixou de participar das reuniões por se sentir humilhado com o tratamento que lhe era conferido (Evento 125, VIDEO1). Há atas da participação? Há comprovação de chamado? Há reclamação quanto ao tratamento dispensado ao representante da comunidade? São questões que não me parecem esclarecidas, sendo incerto nos autos a participação ou não, bem como, se não houve de fato, em que circunstâncias e com que motivação isso ocorreu. As questões foram levantadas em audiência, mas não foram desenvolvidas suficientemente.

De qualquer sorte, o desenrolar da audiência permite que se conclua que não se procura, ao menos explicitamente, obstar que seja ouvida a comunidade. O que se lamenta é que não se tenha dado uma solução conciliadora que, talvez, tivesse mais proveito para as partes, principalmente para a

comunidade tradicional, cuja situação de carência foi bem desenvolvida em diversos momentos da audiência.

O Ministério Público Federal, na oportunidade, foi bastante rígido no sentido de que não havia possibilidade de acordo que não passasse pelos pedidos feitos na ação (Evento 125, VIDEO1). O IMA, em resposta, também firmou posição de que não seria possível dispensar a licitação, sendo que a flexibilização das exigências do edital não seria possível dado que amparado em estudo técnico a respeito das necessidades para execução do serviço público, além de haver previsão de pontuação extra para comunidades tradicionais participantes do certame, ressaltando a existência de outras comunidades tradicionais na área. Ainda na audiência, o IMA evoluiu para uma proposta de suspender o edital para que fossem revistos os termos do certame, inclusive com a participação da comunidade (Evento 127, VIDEO1). Não houve acordo, pois o entendimento dos autores foi de que essa revisão poderia ser apenas "pro forma", sem resultado efetivo e com gasto de tempo.

O Juízo, no minuto 4:10 do VIDEO1, Evento 128, afirmou que o IMA não teve boa vontade em cumprir a Convenção 169 OIT, o que não me parece um conclusão clara da audiência. A revisão do edital foi admitida. Sua alteração, pela informação passada, não dependeria apenas da procuradoria, o que é outra questão, que inclui que se indague a razão de não estar na audiência o agente com poderes para tanto, inclusive. O fato é que, por outro lado, não se viu nenhuma sinalização de boa vontade da outra parte que não passasse pelo atendimento dos pedidos da ação.

O resultado disso é que, em um só salto, suspendeu-se um certame público e entregou-se seu objeto à Comunidade Quilombola Vidal Martins. Percebe-se que a decisão passa pela consideração das condições precárias da comunidade, além da ocupação tradicional da área em que localizado o Parque Estadual do Rio Vermelho, o que está sendo discutido em outra demanda. Talvez não se tenha considerado é que, talvez, melhor fosse que se fixassem contrapartidas em favor da comunidade, como a necessidade de contratação de seus integrantes para postos compatíveis com suas capacidades, como as vagas de segurança e faxina, por exemplo, e ainda a obrigação de capacitação de outros membros da comunidade, habilitando-os para as atividades mais complexas exigidas no edital, habilidades que reconhecidamente não têm hoje, conforme as manifestações nos autos. Ao invés disso a solução foi a de entregar a administração provisória para a comunidade prestar o serviço público como quiser e nos limites de suas possibilidades, o que não parece correto. Veja-se que a administração do camping não se limita às possibilidades noticiadas pela comunidade, demandando também ainda outras relativas ao Parque. Todas somadas, pela informação prestada pelo IMA na audiência, não são capazes de gerar um lucro que cubra muito além das despesas, o que, inclusive, teria gerado a necessidade de exploração de atividades como as citadas em audiência.

Com essas considerações, e lamentando a intransigência evidente de ambas as partes percebida na audiência em que proferida a decisão agravada, acolho parcialmente o pedido de concessão do efeito suspensivo contido neste recurso. Faço isso para suspender a decisão agravada na parte em que outorgou a gestão do camping do parque na temporada 2019/2020 para a Comunidade Quilombola Vidal Martins, mantendo, por outro lado, a determinação de constituição de comissão para a elaboração de novo edital, com a ressalva de que a participação de especialistas da UFSC ou UDESC não demanda aceitação pelos membros da comunidade, sem

prejuízo de uma recusa motivada a ser examinada pelo Juízo e sujeita a recurso a este Regional.

Lamenta-se o abandono da comunidade tradicional pelo Estado, o que em tese é pretensão a ser levada ao Judiciário em ação própria, mas parece pouco crível que entregar a administração do camping, nesses termos, possa representar uma solução que possa amenizar as condições precárias noticiadas, quanto mais representar uma tábua de salvação. Tem-se esperança que a comissão designada encontre uma solução, como as contrapartidas sugeridas acima, que possa não só atender em alguma medida aos anseios da comunidade imediatamente, mas também alcançar um ganho mais significativo e duradouro. Por enquanto, o que se tem é uma comunidade incapaz de oferecer o serviço público objeto do edital a não ser na forma e nos limites que deseja, o que não é uma solução aceitável.

Ante o exposto, defiro parcialmente o efeito suspensivo pleiteado, nos termos da fundamentação.

Proferida a decisão concedendo o efeito suspensivo em 19 de setembro de 2019, o juízo, no dia 23 seguinte, proferiu sentença de procedência na ação civil pública, julgando-a procedente. Transcrevo o dispositivo (Evento 146 do feito originário):

Ante o exposto, julgo procedente o pedido veiculado pelo Ministério Público Federal para que: a) seja tornada definitiva a decisão que antecipou os efeitos da tutela do evento 124 e determinar a gestão, via convênio entre IMA e a Associação da Comunidade aqui representada, do camping do PAERVE, na temporada 2019/2020, para seus devidos fins, b) condenar o IMA a pagar indenização por danos morais pelos atos de racismo institucional demonstrados, na quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) c) fixar prazo de 10 dias para o cumprimento da decisão que antecipou os feitos da tutela do evento 124, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10.000,00 ao dia.

O IMA protocolou pedido concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência. O Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia deferiu o efeito suspensivo (Evento 2 dos autos 50436595820194040000), acolhendo as razões de que me vali ao deferir o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, acrescentando, com acerto, que aquela decisão *buscava, nitidamente, que houvesse composição. Não sendo possível por ocasião da audiência, pelo menos que o fosse durante o trabalho da comissão designada. Vê-se, agora, que, após o julgamento dos embargos declaratórios opostos da sentença (Evento 164 - SENT1), a determinação de instituição de comissão foi revogada em virtude de tal pedido não constar entre os da inicial.*

A Terceira Turma manteve a decisão ao julgar os agravos internos interpostos pelo Ministério Público Federal, pelo INCRA e pela Defensoria Pública da União. Colaciono aqui, pela pertinência, as razões adicionais levadas pelo Juiz Federal Sérgio Tejada ao colegiado (Evento 38 do pedido de concessão do efeito suspensivo à apelação):

Não vejo razão para alterar o entendimento então adotado. Este é um caso em que se tem a lamentar a ausência de uma conciliação efetiva, nos moldes já sugeridos pela Desembargadora Marga, como a previsão em edital de aproveitamento da força de trabalho da Comunidade, naquilo que

reconhecidamente pode oferecer, bem como com a imposição de contrapartidas para a capacitação de outros membros.

Não se pode aceitar, por outro lado, é que a exploração econômica de espaço público possa prescindir da licitação. Veja-se que o reconhecimento da ocupação tradicional é tema debatido em outra seara, estranho a estes autos. Já na audiência dos Eventos 125, 126, 127 e 128 levou-se ao conhecimento do Juízo a existência de estudos dando conta da ocupação tradicional. Não há, todavia, qualquer avanço no sentido de o espaço como público, nem esse é o escopo desta ação civil pública.

Nessa medida, justa a pretensão do apelante em ver suspensa a sentença que, em um só passo, reconheceu a ilegalidade do edital e garantiu a administração do Camping à Comunidade, efeito idêntico ao de entregar-lhe o próprio objetivo da licitação. Mais: a administração do Camping foi conferida nos moldes propostos pela própria Comunidade, e não segundo as exigências da Administração. A Comunidade Quilombola venceu sem concorrência e vai entregar o objeto segundo deseja.

É preciso que fique absolutamente claro ser incontroverso o estado de dificuldade socioeconômica a que submetida a Comunidade Quilombola Vidal Ramos. Resultado de um descaso do Poder Público em promover ações que permitam uma vida digna àquelas pessoas. A administração do camping, por outro lado, não pode ser elevado à condição de panaceia capaz de sanar as dificuldades. Pelo que se ventilou na audiência de primeiro grau, sequer há lucro significativo, o que levou a administração a prever a oferta de outros serviços, que estão sendo suprimidos pela sentença proferida.

Nessa linha e seguindo a orientação já manifestada pela Desembargadora Marga no agravo de instrumento 50359108720194040000, mantenho a decisão que deferiu o efeito suspensivo ao recurso de apelação.

A audiência realizada com o fim de conciliação, Eventos 125 a 128 dos autos originários, desde muito cedo deixou claro a impossibilidade de acordo. O representante do Ministério Público Federal, logo aos 30 segundos do vídeo que consta no Evento 125, pontuou no sentido de que qualquer acordo passaria pelo atendimento dos pedidos feitos na inicial, tanto liminar como final. E essa conduta de intransigente seguiu durante todo o ato. A resposta do IMA, a partir do minuto 3 deste vídeo, foi no sentido de que não poderia aceitar os pedidos da inicial, pois não poderia abrir mão do processo licitatório em favorecimento a uma ou outra comunidade tradicional. Destacou a orientação do Tribunal de Contas no sentido de não se poder dispensar a licitação/chamamento público. No minuto 4, o representante do Ministério Público Federal apontou a existência de dois pedidos: um seria que a comunidade assumisse a gestão do camping; o outro, que se fizesse outro edital dando condições reais de a comunidade participar com chances de êxito. Ao explicar a motivação para o edital lançado, a procuradora do IMA destacou os princípios que o regeram e, no minuto 11:30, destacou a previsão de pontuação "para as propostas que apresentem o envolvimento de populações tradicionais", sem restrição de qual população tradicional seria, destacando-se a existência de outras populações tradicionais na região. No minuto 12:30 a representante do INCRA refere a ação de demarcação, apontando que não há solução ainda, mas que a presente

causa não interferiria em que fosse tomada. Os representantes da comunidade quilombola, a partir do minuto 13, destacou ter participado do certame sem sucesso. A insatisfação deu-se pelas exigências do edital, que seriam uma novidade, que abrangeriam o parque, e não apenas o camping. Após a manifestação da Defensoria Pública, as representantes do IMA manifestaram-se contra a possibilidade de cisão do certame. A partir do minuto 17 explicam que a viabilidade econômica do camping, se não for oferecido nenhum outro serviço, praticamente não existe. Os recursos que ingressam pagariam apenas os custos. Essa seria a razão para a inclusão de novos serviços no edital. A respeito da presença da comunidade no plano de manejo, a partir do minuto 27 foi esclarecido que seus representantes deixaram de acompanhar o processo por se sentirem humilhados. No minuto 28 uma representante da comunidade explicou que o jeito simples de falar teria causado perturbação em reuniões passadas. Disso chegou-se ao sentimento de que não se tinha respeito com seus integrantes, de modo que pararam de acompanhar as reuniões em questão.

Ora, o quadro posto apresenta-se claro nesta ação. A Comunidade Quilombola Vidal Martins, que passa por dificuldades econômicas severas, não conseguiu obter o direito à gestão do camping, como já não havia conseguido antes. O edital, tal como lançado, escapa às suas condições técnicas. Não apresentou alternativa a isso, inclusive sendo referido, na audiência examinada, que a comunidade não admitia a contratação de profissionais que não fossem dela integrantes. Assim posta a realidade da comunidade, a única forma de que se lhe alcance a gestão do camping é nos moldes dela própria, com a entrega dos serviços que pode realizar.

Pela informação dada em audiência, sequer se pode imaginar que isso, entregar a gestão do camping para a comunidade, sem processo licitatório, fosse resolver os graves problemas financeiros enfrentados. O estudo da viabilidade econômica do camping é no sentido de que os recursos que ingressam mal pagam as despesas. Esse foi, inclusive, a motivação para a oferta de mais serviços.

Lamenta-se muito o fato de que, na conciliação, não se tenha, por exemplo, encaminhado um novo edital, com todos os serviços previstos no contestado, mas com exigência de contratação de membros da comunidade naquelas especialidades em que são capacitados, bem como com contrapartidas para a comunidade, como a capacitação de seus integrantes. Fica, então, a necessidade de licitar para a entrega de serviço público, o que a consulta ao Tribunal de Contas confirmou e uma comunidade com pouca capacidade de concorrer.

Não vejo, nisso, racismo institucional. Se o Poder Público falha com a comunidade, e a evidência aponta nesse sentido, não é por não entregar o serviço público para ela sem licitação. Há demanda em andamento em que se pretende a demarcação de terras, o que não pode se confundir, por outro lado, com o objeto da presente. Se na ação de demarcação ficar assentado que o camping está dentro da território tradicional, bom, nesse caso a destinação da gestão do camping talvez venha a ser outra. Não é o caso. Não há decisão definitiva naquela ação nesse sentido. Quando o juiz de primeiro grau afirma há prática de racismo institucional, afirmando que o camping está localizado em área da qual foi expulsa na década de 70, antecipa um juízo de outra ação, sem contraditório, sem elementos de prova além das alegações das partes em ação com objeto diverso. Nesta ação civil pública, que fique claro, questiona-se um edital, que inclusive prevê pontuação para o participante que faz uso de comunidade tradicional.

Por todas essas razões, incluindo as já lançadas no agravo de instrumento e no pedido de concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação, tenho por dar provimento ao recurso de apelação do IMA, julgando improcedente a ação civil pública, mas não sem antes lamentar mais uma vez não se ter realizado uma conciliação com propostas objetivas e transigência, uma conciliação que não passasse apenas pelo deferimento da exata pretensão inicial.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso de apelação.