

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0002064-61.2013.4.01.0000/MA

RELATORA : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
AGRAVANTE : DUCOL ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : LINO RODRIGUES CASTELLO BRANCO SOBRINHO E OUTROS(AS)
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
PROCURADOR : ELLEN CRISTINA CHAVES SILVA

Data da decisão: 10/01/2014

EMENTA

AMBIENTAL. PASSAGEM DE RODOVIA POR TERRA INDIGENA. CONDICIONANTES IMPOSTAS PELA FUNAI APÓS A EXPEDIÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO E À CONVENÇÃO 169 DA OIT. PRETENSÃO DE CONTINUIDADE DAS OBRAS. IMPOSSIBILIDADE.

1 – A suspensão da realização de obras em rodovia que corta terra indígena no Estado do Maranhão por ausência de observância de condicionantes impostas pela FUNAI após a realização do EIA/RIMA e expedição de licença ambiental, antes de causar prejuízo, observa o regramento constitucional e legal relativo à matéria.

2 – A atuação da FUNAI na espécie constitui mera observância das disposições da Lei nº 5.371/67, que atribuem à autarquia a proteção e promoção dos direitos indígenas.

3 – A consulta aos interesses indígenas, além de derivar do artigo 231 da Constituição Federal, está prevista na Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

4 – Em casos como o discutido na demanda que origina este recurso, cumpre à FUNAI atuar supletivamente ao IBAMA, realizando o controle ambiental e estipulando diversas condicionantes a serem executadas, com vistas a mitigar os impactos ambientais e proteger as terras indígenas.

5 – Inexistente ilegalidade ou desconformidade com o texto constitucional ou legal sobre o tema, não prospera a pretensão recursal que pretende a continuidade da obra sem observância às condicionantes impostas pela FUNAI.

6 – Agravo de instrumento desprovido.

RELATÓRIO

A Exm^a Sr^a Desembargadora Federal Selene Almeida (Relatora)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DUCOL ENGENHARIA LTDA contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Imperatriz – MA que determinou a suspensão da Licença de Instalação nº 757/2010, concedida pelo IBAMA ao Estado do Maranhão para a execução de obras de melhoria e pavimentação na rodovia MA 280.

O Juízo determinou que as demandadas Estado do Maranhão e DUCOL ENGENHARIA cumpram as condicionantes elencadas no documento acostado à ação principal dentro dos prazos estabelecidos no ofício que indica, estipulando, ainda, que adotem providências para dar conhecimento ao grande público acerca da liminar, com a informação de que estão obrigados a promover a segurança dos índios locais, a proteção dos motoristas e do meio ambiente.

A agravante sustenta que as condicionantes estão sendo impostas por pretensão da FUNAI e do Ministério Público Federal, pois não constam da licença de instalação do empreendimento, não fazendo parte do contrato administrativo e do projeto executivo.

Assevera que os instrumentos que preconizam a prévia oitiva da FUNAI são posteriores ao licenciamento expedido, não podendo retroagir.

Argumenta que as condicionantes guardam relação com a execução das obras e não com sua paralisação, que pode ensejar maior prejuízo às comunidades e à Administração, não podendo ser imposta responsabilidade ao empreendedor, que está jungido aos contratos e projetos que compõem o empreendimento.

Ao final, afirma que a paralisação dos trabalhos redundará em maiores prejuízos aos administrados, razão pela qual requer a suspensão da decisão impugnada.

Foi determinada a intimação da parte agravada.

O Ministério Público Federal apresentou resposta afirmando que no caso o que se observa é uma responsabilidade solidária entre o Estado do Maranhão e a empresa recorrente, principalmente por estar indicado que a empresa é a executora da obra que não está em conformidade com o regramento ambiental, não havendo justificativa para afastar sua responsabilidade.

Ressalta que as condicionantes tem por objetivo resguardar os motoristas que trafegam pela rodovia e os índios afetados pela obra, não havendo razão para modificar o entendimento recorrido.

Atuando como fiscal da lei, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso, pois no caso, em razão da rodovia passar por área indígena, a intervenção e autorização da FUNAI eram obrigatórias, não havendo falar-se em surpresa ou inexistência de justificativa para a imposição de condicionantes.

É o relatório.

VOTO

A Exm^a Sr^a Desembargadora Federal **Selene Almeida** (Relatora):

No caso examinado, é necessário anotar que por tratar-se de passagem de rodovia por terras indígenas, a intervenção da FUNAI no processo de licenciamento ambiental não pode ser descartada ou suprimida.

Não se pode desconhecer que a Constituição Federal vigente engendrou grande esforço para criar um sistema de direitos da população indígena no país. Em seu artigo 231 o legislador constituinte concede as populações indígenas a posse permanente e o usufruto exclusivo de suas terras tradicionais.

È oportuno relembrar que o Brasil é signatário da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que preconiza a necessidade de manifestação dos indígenas em questão que lhes afete a vida em relação à ocupação territorial que exercem.

A referida Convenção é o instrumento internacional mais antigo que cuida em particular dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. É também o principal instrumento internacional destinado a proteger os direitos dos povos indígenas e tribais eis que lhes garante decidir sobre suas prioridades em relação ao processo de desenvolvimento nos países onde estão localizados.

Ao adotar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, a 76^a Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, junho de 1989) observou que em muitos lugares do mundo esses povos não usufruíam dos mesmos direitos que o resto da população.

Dentre as regras da Convenção 169 da OIT que são invocados pelo autor ministerial, ora apelante, ressaltem-se as seguintes, no que concerne a presente demanda:

a) o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas;

b) o direito de participação dos povos indígenas, pelos menos da mesma maneira assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetam;

c) o direito dos povos indígenas decidirem suas prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implantação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional lhe lhes afetem diretamente.

Dispõe a citada Convenção nos seus artigos 6º e 7º, *in verbis*:

“Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

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

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for 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.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.”

Por sua vez, o artigo 7º da Convenção 169 da OIT determina aos governos dos Estados que possuam em seus territórios populações indígenas ou tribais que procedam a consultas para que esses povos tenham o direito de dizer o que compreendem do projeto e para que possam ter alguma influência no processo de tomada de decisões sobre medidas que os afetem.

Desde 2003, o Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a implementar a mencionada Convenção, pois a ratificou mediante Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, publicado no D.O.U. de 20 de junho de 2002 e, posteriormente, a promulgou num dia cheio de simbolismo – o dia do índio, por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, DOU de 20 de abril de 2004. O Brasil adotou as proposições de natureza obrigatória para os países signatários, com a finalidade de orientar os Estados em questões de direitos indígenas e tribais.

Tendo em vista que a citada Convenção é pouco conhecida na comunidade jurídica nacional e também pelo fato de causar espécie que a Organização Internacional do Trabalho venha a tratar de matéria relativa a direitos de povos indígenas e tribais, alguns esclarecimentos se fazem necessários sobre o histórico da Convenção 169.

Ocorre que em 1921, a OIT procedeu a um trabalho de pesquisa sobre as condições das populações indígenas e tribais em diferentes países no que tange ao aspecto estritamente trabalhista. Em 1926, este órgão das Nações Unidas instituiu uma Comissão Permanente de Peritos que esclareceu à OIT sobre as condições de trabalho de trabalhadores indígenas e tribais no mundo, o que deu ensejo ao surgimento da Convenção 29 sobre Trabalho Forçado ou em Situação Análoga a de Escravo

Em verdade, o século XX assistiu, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, gradual desenvolvimento em matéria de proteção às populações indígenas e tribais. A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes é o resultado desse esforço para os Direitos Humanos alcançasse as populações tradicionais mundiais.

Neste contexto, requereu o Ministério Público Federal, ora apelante, a aplicação das regras da Convenção 169 da OIT porque, com a sua ratificação pelo Congresso Nacional, as regras internacionais passaram a ser normas internas brasileiras. O direito de consulta das populações indígenas, no Brasil, foi incorporado à legislação nacional e agora tem a mesma hierarquia das normas constitucionais.

A Emenda Constitucional 45, que acrescentou o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos são equivalentes às emendas à Constituição”.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo as referidas convenções internacionais qualificação constitucional (HC 87585 – Pleno, DJE de 26/26/2009).

É relevante salientar que a possibilidade de participação da comunidade está relacionada a informação prévia como o empreendimento a atingirá. Daí que se pode ainda afirmar que todo o processo de participação é essencialmente um direito de informação. A informação que se dá a comunidade atingida também não é um fim em si mesmo, pois é instrumento, como a própria consulta, para um processo de negociação. Todavia, ela é importantíssima vez que importará em ajudar na tomada de decisões pela população indígena ou tribal. A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decisão a respeito do que significa a informação no processo de consulta e como ela deve ser levada aos povos tribais para fomentarem suas reflexões:

“Primeiro, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka em los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, com dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra p•rr. 129). **Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.** Las consultas deben realizar-se de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. **Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad com sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no unicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una edecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurar-se que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.** Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales el pueblo Saramaka para la toma de decisiones”. (Grifos nosso).

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam. 28/11/2007).

Não pode deixar de ser dito que a Convenção 169 da OIT adotou o princípio da boa-fé que deve presidir todo o processo de consulta prévia. Nos termos das proposições da Convenção, boa-fé significa, dentre outras coisas, que as informações prestadas as populações tribais não podem ser distorcidas, que a comunidade não pode ser manipulada e consulta não pode ser levada a cabo somente depois de tomada a medida

legislativa ou administrativa, eis que em tal hipótese tem por única e exclusiva finalidade legitimar decisões já tomadas pelo Estado e desfavoráveis a comunidade indígena ou tribal.

Como já vimos, as regras do artigo 6º da Convenção instituíram a obrigação do Estado incorporar a denominada consulta prévia ao procedimento legislativo ou administrativo quando da edição de medidas autorizando ou permitindo a exploração de recursos naturais em terras indígenas. No citado artigo, a consulta prévia deve atender a requisitos mínimos para ser considerada válida, nos termos da Convenção 169 da OIT. As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc; 4) a informação quanto ao procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas, ações mitigadoras e reparadoras dos danos causados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado. No caso brasileiro, no ato do Congresso Nacional que autoriza a construção ou empreendimento.

Na execução da pré-consulta e na consulta a colaboração da FUNAI e do IBAMA é relevante.

Ademais, ao contrário do que pretende ver reconhecido a agravante, o EIA/RIMA deve ser elaborado antes da consulta prévia ou da intervenção da FUNAI, pelo motivo de que a comunidade atingida com o empreendimento tem que ser informada de que forma será afetada, os impactos, os danos, as possibilidades de ação mitigadora e reparadora, o que demonstra que a imposição de condicionantes não ofende direito da agravante, mas antes, atende à disciplina normativa aplicável à espécie.

Pelo exposto, tendo em vista não divisar ilegalidade ou desconformidade com a legislação de regência na decisão impugnada, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.