

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 1011113-36.2018.4.01.0000

AGRAVANTE: ASSOCIACAO INDIGENA BAYPRA DE DEFESA DO POVO XIKRIN DO O-ODJA, ASSOCIACAO INDIGENA KAKAREKRE DE DEFESA DO POVO XIKRIN DO DJUDJEKO, ASSOCIACAO INDIGENA POREKRO DE DEFESA DO POVO XIKRIN DO CATETE

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE DIOGO DE OLIVEIRA LIMA - PA16448-A

AGRAVADO: VALE S.A., FUNDACAO NACIONAL DO INDIO, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS - IBAMA, BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL

Advogados do(a) AGRAVADO: DENISE DE FATIMA DE ALMEIDA E CUNHA - PA9158-A, ANIZIO GALLI JUNIOR - PA13889

Data de julgamento 17 de agosto de 2020

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). COMUNIDADES INDÍGENAS. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELA ELABORAÇÃO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS. ESTUDO DE COMPONENTE INDÍGENA. DILAÇÃO DE PRAZO PARA A SUA ELABORAÇÃO E CONCLUSÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO.

1. O objeto do agravo de instrumento ficou limitado à análise da questão pertinente à alegação de legitimidade passiva do BNDES e de ilegalidade das medidas adotadas pelo magistrado *a quo* com vistas à elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI).

2. Não há, ao que se observa do pedido e da causa de pedir, qualquer responsabilidade que possa ser imputada ao BNDES, visto que não há sequer indícios de que, na qualidade de agente financeiro, tenha participado dos trâmites de emissão das licenças ambientais e muito menos o juízo de valor quanto à legitimidade das licenças ambientais devidamente emitidas pelos órgãos competentes para tal, sendo a alegada nulidade do licenciamento e consequências daí advindas o fundamento da indenização requerida.

3. No que concerne às exigências para a elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI), não há qualquer vício na decisão agravada, vez que o prazo de 60 (sessenta) dias concedido para a elaboração de Plano de Trabalho, bem como de 15 (quinze) dias para a análise pela Funai, não são desarrazoados.

4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

5. Prejudicada a análise do agravo interno.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO (RELATOR):

A Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-Odja, Associação Indígena Kakarekere de Defesa do Povo Xikrin do Djudjeko e Associação Indígena Porekrô de Defesa do Povo Xikrin do Catetê interpuseram agravo de instrumento de decisão que, em ação civil pública ajuizada contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), Vale S.A., Fundação Nacional do Índio (Funai) e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), objetivando "a suspensão do licenciamento ambiental e todo ato visando o empreendimento Ferro Carajás S11D, até que sejam realizadas a consulta informada dos povos indígenas e demais populações localizadas na área de influência do empreendimento e a elaboração de estudo específico acerca dos impactos da obra" (fl. 11), indeferiu o pedido reiterado de suspensão das atividades da empresa e de pagamento de valores mensais às comunidades indígenas; excluiu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) do polo passivo da demanda; postergou a análise do pedido de inversão do ônus da prova para depois da sua especificação pela parte autora; conheceu dos embargos de declaração opostos pela Vale da decisão que determinou a conclusão do Estudo de Componente Indígena (ECI), para fixar os prazos para a elaboração do plano de trabalho e de indicação da equipe, bem como para admissão ou inadmissão da equipe indicada pela Funai e pela comunidade indígena, consignando que os prazos para início e término do plano de trabalho serão fixados pelo Juízo após a sua aprovação pela comunidade indígena; e, por fim, quanto aos embargos de declaração opostos pela parte autora, registrou que "a participação da equipe técnica será avaliada em momento oportuno, inclusive após a manifestação do MPF e demais partes sobre a proposta técnica e financeira apresentada hoje. Quanto às demais impugnações dos embargos de declaração, não as conheço, por considerar que são matéria estranha aos limites do conhecimento dos embargos".

A parte agravante requer a reforma da decisão impugnada, sustentando:

a) a necessidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental, não havendo necessidade de provar a hipossuficiência, considerando que, em consonância com o disposto no art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, cabe ao empreendedor

demonstrar que o empreendimento não é danoso ao meio ambiente.

b) a legitimidade passiva do BNDES e necessidade de exibição do contrato de abertura de crédito formulado entre a Vale S.A. e a instituição financeira, “eis que é financiador do empreendimento”.

c) o descabimento da dilação de prazo “à eternidade” para elaboração do Estudo de Componente Indígena, sem consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, o que contraria o disposto na Constituição Federal e na Convenção n. 169 da OIT, “que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida”.

d) a necessidade de suspensão das atividades do empreendimento e pagamento de compensação financeira mensal até a conclusão dos estudos de componente indígena e implementação das medidas mitigatórias e compensatórias, tendo em vista os impactos visíveis às comunidades Xikrin, principalmente no âmbito da saúde, conforme documentação constante dos autos.

Destaca que

(...) a demora na realização dos Estudos Ambientais e no implemento das medidas compensatórias tem acarretado crescente animosidade das populações indígenas com relação à empresa Vale S/A, o que pode acarretar riscos à integridade física dos próprios indígenas, bem como de funcionários da Vale e de Terceiros, tendo em vista que as condutas dos indígenas da comunidade Xikrin, que possuem cultura extremamente belicosa, estão fora da seara de controle do Estado.

Pugna, pois, pela antecipação da tutela recursal, determinando-se:

a) A aplicação do pedido de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985 c/c art. 373, §1º NCPC, bem como em razão do princípio da precaução e outros afins;

b) Que o BNDES seja mantido no polo passivo da demanda e, por conseguinte, seja determinando a instituição financeira a exibição do Contrato de Abertura de Crédito pactuado com a empresa Vale S/A, em relação ao

empreendimento Ferro Carajás S11D, nos termos do art. 396 do NCPC;

c) Que, em razão dos fatos novos e documentos juntados, por se tratar de matéria de ordem pública, superando os obstáculos da congruência processual, diante do princípio da precaução e do mínimo existencial ecológico, seja suspenso imediatamente o processo de licenciamento ambiental do empreendimento Ferro Carajás S11D, bem como todas suas atividades, e, conseqüentemente, qualquer ato/atividade visando o empreendimento, até que seja comprovada a elaboração do Estudo de Componente Indígena da TI Xikrin, por meio de dados primários, com a emissão de Termo de Referência atualizado pelo órgão competente (FUNAI) que contemple a sinergia dos impactos dos empreendimentos situados ao redor da TI Xikrin, e a concreta implantação dos planos e ações que serão elencados nos ECI TI-Xikrin para mitigar e compensar os impactos do referido empreendimento, observando-se a necessária e efetiva participação das comunidades afetadas, por meio da consulta prévia, livre e informada, em consonância com as exigências legais e com a convenção nº 169 da OIT, e que seja, ao mesmo tempo, determinado que a empresa Vale S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência desses estudos e implantação das medidas e planos necessários, no valor mensal de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), por aldeia (Cateté, Djudjekô e Oodjã), a ser revertido às aludidas comunidades, até a efetiva realização dos ECI TI Xikrin e implantação das medidas e planos de compensação e mitigação;

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (fls. 1.524-1.532).

Dessa decisão, a parte agravante interpôs agravo interno (fls. 1.546-1.588).

A Fundação Nacional do Índio (Funai) apresentou contrarrazões ao agravo de instrumento (fls. 1.833-1.834), bem assim a Vale S.A. (fls. 1.853-1.874), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), fls. 2.246-2.260, e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), fls. 2.273-2.279.

A Funai e o Ibama apresentaram resposta ao agravo interno (fls. 2.262-2.270 e 2.280-2.292, respectivamente).

O Ministério Público Federal emitiu parecer, no qual pugna pelo provimento parcial do agravo de instrumento (fls. 2.296-2.325).

A parte agravante, apontando a existência de conexão entre este agravo e o de número 0005755-44.2017.4.01.0000/PA, pede o seu julgamento conjunto (fls. 2.327-2.328).

À fl. 2.372, ao argumento de que as atividades presenciais poderão ocorrer a partir do dia 15 de junho de 2020, postula a inclusão do feito na primeira sessão presencial a ser realizada por esta turma, a fim de que possa realizar sustentação oral.

É o relatório.

V O T O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO (RELATOR):

Assinalo, de início, que a parte agravante formulou reclamação perante o colendo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por excesso de prazo no julgamento do presente recurso, e, depois de incluído na pauta da presente sessão, peticionou no sentido de que fosse "incluído na primeira sessão presencial a ser realizada", a fim de que pudesse fazer sustentação oral, pedido que indefiro, considerando, inclusive, que a sessão realizada por meio de suporte de vídeo não impede a sustentação oral, mas, ao contrário, facilita o trabalho do advogado, evitando o seu deslocamento à sede do tribunal.

Ao indeferir o pedido de antecipação da tutela recursal, o fiz com base nos seguintes fundamentos:

Ao que se depreende dos autos, o pedido de tutela de urgência foi inicialmente indeferido (Id. Num. 1981452 – págs. 02-15), ensejando a interposição do Agravo de Instrumento n. 0005755-44.2017.4.01.0000, no qual foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal, tendo o magistrado a quo, no entanto, em juízo de retratação, reconsiderado, em parte, a decisão liminar, para determinar à Vale S.A. que promova e conclua o Estudo de Componente Indígena (ECI), sem a suspensão da licença de operação, relativa ao empreendimento questionado nos autos (Id. Num. 1981602 – págs. 02-03), nestes termos:

Depois de analisar os argumentos do MPF apresentados na petição do recurso de agravo de instrumento (f. 1459/1469), entendo por retratar, em parte, a decisão agravada (f. 1011/1017), especificamente nos limites do objeto do recurso interposto, a fim de determinar à Vale

S/A que promova e conclua o Estudo de Componente Indígena (ECI), sem a suspensão da licença de operação, relativa ao empreendimento S11D.

Revolvendo as razões de decidir, verifica-se que, como disse o MPF (f. 1465), “uma das etapas do processo de licenciamento ambiental não foi materialmente obedecida”, por ter havido falta da FUNAI em não se manifestar tempestivamente sobre o termo de referência do IBAMA. Apesar de ter sido apresentado o EIA/RIMA, em tais avaliações de impacto não se pode ter por suprido o Estudo de Componente Indígena (ECI), especialmente porque a FUNAI, apesar do atraso, acabou encaminhando ao IBAMA e à VALE S/A termo de referência de que consta a necessidade do referido ECI, sendo que a VALE S/A esteve na posse dessa referência e, portanto, ciente da necessidade desse estudo, por três anos antes da emissão da licença.

Em suma, o que se nota é a omissão do IBAMA e da VALE S/A em relação aos estudos do componente indígena, elemento necessário ao licenciamento, nos termos do artigo 4º, § 1º da Resolução do CONAMA n. 237/1997, que prescreve a necessidade de consideração de pareceres dos demais órgãos públicos quando necessários – que é a hipótese no tocante à FUNAI – antes de se emitir a licença ambiental.

Não obstante, como bem ponderou o MPF, não é preciso suspender a licença da VALE S/A para que promova e conclua tal estudo.

Posto isso, em juízo de retratação em face do agravo de instrumento, reformo, em parte, a decisão agravada (f. 1011/1017), a fim de deferir, tão somente, o pedido para que a VALE S/A promova e conclua o Estudo de Componente Indígena (ECI), sem a suspensão da licença de operação, relativa ao empreendimento S11D.

Fixo o prazo de 180 dias para que a VALE S/A cumpra a presente decisão, sob pena

de ter sua licença suspensa, até que protocole, nos autos, o referido estudo.

Analisando os embargos de declaração opostos pelas partes, sobreveio, então, a decisão ora agravada, proferida em audiência de conciliação, encontrando-se assim fundamentada (Id. Num. 1985841 – págs. 02-03):

1) Indefiro o pedido de suspensão das atividades da empresa, bem como pagamento em valores em dinheiro para a comunidade, por considerar a questão já decidida nos autos às fls. 1011/1017, bem como considerar não haver inovação, nem modificação fática ou de direito a ensejar a pretendida modificação; 2) Defiro o pedido de ingresso da Associação Indígena Kakarekre em Defesa do Povo Xikrin do Djudjeko, contra o que não houve oposição de qualquer das partes presentes; 3) Indefiro o pedido de exibição de cópia do contrato firmado entre o BNDES e a empresa Vale S/A, tendo em vista que os pedidos dirigidos no sentido de responsabilização do BNDES são genéricos, e eventual exibição de documentos sigilosos exigiria, pelo menos, início de prova ou indícios da participação, ou mesmo relação da instituição financeira com o trâmite do licenciamento ambiental no que se refere ao componente indígena que trata os presentes autos. Ainda que se trata de matéria ambiental, pauta por princípios próprios que visam uma maior proteção do meio ambiente e da comunidade indígena, também não se pode desprezar que eventual responsabilização pode ser suportada pela Vale, sem a necessidade de um garantidor nos autos deste processo, ainda mais porque a parte autora não traz nenhuma prova desta garantia, também, pelo mesmo motivo, determino a exclusão do BNDES do polo passivo da demanda; 4) Quanto à inversão do ônus da prova, ainda que já tenham sido apresentadas as contestações, na qual a própria Vale já se manifestou sobre, e tratando-se de questão que pudesse ser reconhecida nesse momento, em homenagem da lealdade processual e prezando pela objetividade que deve ser tratada a questão, evitando-se que o processo tome rumos que impliquem em uma demora ainda maior que a própria natureza já exige, determino que a parte autora, no prazo de quinze dias, especifique as

provas que pretende produzir, para que então os réus se manifestem especificamente sobre a inversão de cada prova, e após decida o Juízo, já que, ainda que se trate de matéria ambiental, que autoriza essa inversão, ela somente deve ser reconhecida quando implicar em hipossuficiência da parte para produzi-la; 5) Passo a decidir os embargos de fls. 1475/1481, nos seguintes termos: Conheço dos embargos de declaração, pois, de fato, vislumbro obscuridade a impedir o seu cumprimento pleno. Existem quatro prazos com respectivos marcos iniciais. O primeiro se refere à elaboração do Plano que, segundo a Vale, só seria possível o seu cumprimento em noventa dias. Entendo que, se por um lado a questão envolve complexidade e ter sido noticiada pelo próprio técnico da comunidade indígena, as dificuldades, inclusive na elaboração desse plano, não pode ser desprezada, justamente foi a leniência do aparato estatal que implicou na não execução prévia deste estudo, nas próprias palavras do advogado dos autores, o prazo corre contra a comunidade, parte mais atingida, e o empreendimento da Vale está em pleno funcionamento. Assim fixo o prazo de sessenta dias para elaboração da referida etapa (plano de trabalho e indicação da equipe), a contar desta data. O prazo de admissão ou inadmissão da referida equipe, pela FUNAI, fixa fixado em quinze dias, contra o que não se opôs a entidade, a contar da entrega do protocolo da apresentação desse documento à FUNAI, em caso de inadmissão, renovar-se-a o prazo para à Vale apresentar as complementações em vinte dias. Após a admissão da FUNAI, deverá ser submetida à apreciação da comunidade, a qual não terá prazo. Aprovada pela comunidade, o plano de trabalho e o ingresso na área, deverá ser informado o Juízo pela parte autora, que então fixará o termo inicial em decisão para a execução do plano. Quaisquer influências no sentido de impedimento de ingresso na área, paralisação de atividades por meio dos indígenas implicará na suspensão dos prazos aqui fixados. O prazo de execução do plano será apreciado pelo Juízo apenas após a sua apresentação; 6) Quanto à participação de equipe técnica indicada pela comunidade indígena na elaboração e execução do plano de trabalho e do próprio estudo, entendo não ser questão imprescindível neste momento, até

mesmo porque as partes sequer tiveram acesso à documentação apresentada hoje pelos autores, devendo as partes se manifestarem no prazo de dez dias após vista; 7) Quanto aos embargos da parte autora, de fls. 1492/1498, eles fazem objeção a efetiva participação das comunidades, que o estudo do componente indígena seja realizado em observância ao termo de referência da FUNAI, e que fosse feito novo termo de referência atualizado, observando-se dados primários e a sinergia dos empreendimentos em volta da comunidade. Pois bem, a participação da equipe técnica será avaliada em momento oportuno, inclusive após a manifestação do MPF e demais partes sobre a proposta técnica e financeira apresentada hoje. Quanto às demais impugnações dos embargos de declaração, não as conheço, por considerar que são matéria estranha aos limites do conhecimento dos embargos, obscuridade, contradição, mas sim matérias que impugnam o mérito e visam dar efeito modificativo à decisão exarada; 8) Determino à secretaria que digitalize a integralidade os autos até segunda-feira, dia 9/4/2018, sendo a carga vedada, exceto para os entes com garantia de intimação pessoal; 9) Deverá cada parte informar ao Juízo, a cada trinta dias, o andamento das diligências a que lhe cabem, ou o cumprimento delas; 10) intimados os presentes.

Posta a questão nestes termos, registre-se, inicialmente, que o indeferimento, pelo magistrado a quo, do pedido de suspensão das atividades da Vale S.A., relativas ao empreendimento Ferro Carajás S11D, bem como ao pagamento de compensação financeira pelos impactos do empreendimento às comunidades agravantes, já é objeto do Agravo de Instrumento n. 0005755-44.2017.4.01.0000, tendo sido ali apreciado o pedido de antecipação da tutela recursal, não cabendo a interposição de novo recurso, com vistas a sua reapreciação, em razão do indeferimento do pedido de reconsideração da decisão liminar proferida nos autos de origem, em observância ao princípio da unirrecorribilidade das decisões.

Vale ressaltar que, no ponto, a decisão ora impugnada, tão somente, em juízo de retratação, manteve a decisão anterior que indeferiu o pedido (impugnada no Agravo de Instrumento n. 0005755-44.2017.4.01.0000), à míngua de

qualquer inovação ou modificação fática ou de direito a ensejar a pretendida modificação.

Nesse contexto, a alegada existência de fato novo que possa eventualmente alterar o entendimento firmado no Agravo de Instrumento n. 0005755-44.2017.4.01.0000, deve ser ali apreciado, não se autorizando o manejo de um segundo recurso, objetivando, em verdade, a reconsideração do decisum atacado naquele Agravo.

Quanto à inversão do ônus da prova, de igual modo, não merece ser conhecido o pleito, tendo em vista que, conquanto a decisão agravada tenha consignado que a inversão do ônus da prova deve ser reconhecida quando implicar em hipossuficiência da parte para produzi-la, postergou a análise do pedido para após a especificação das provas pela parte autora, razão pela qual não traz, quanto ao particular, qualquer carga decisória, a autorizar a interposição do agravo de instrumento.

Feitas estas considerações, a análise do presente recurso cinge-se à alegação de legitimidade passiva do BNDES e de ilegitimidade das medidas adotadas pelo magistrado a quo com vistas à elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI).

Não vislumbro, quanto às aludidas questões, os requisitos autorizadores para concessão da antecipação da tutela recursal pretendida, na medida em que as razões recursais não infirmam os fundamentos da decisão agravada, tendo o magistrado de primeiro grau, diante da realidade que se delineia no caso concreto, dado a melhor solução à matéria.

Como se vê dos autos, trata-se na origem de ação civil pública na qual se pleiteia, em resumo, que seja declarada a nulidade das licenças emitidas pelo Ibama ao empreendimento Ferro Carajás S11D, condenando-se a Vale S.A. na obrigação de fazer, concernente à elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI), a implantação de ações para mitigar e compensar os impactos do empreendimento, procedendo-se ao depósito mensal de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) por aldeia, até a realização do ECI, bem como todos os requeridos (Vale S.A., Ibama, Funai e BNDES) ao pagamento de danos materiais e morais, em razão da instalação da empresa sem a realização do ECI e sem implantar as medidas mitigadoras e compensatórias decorrentes desse estudo.

Diante do objeto da ação, não se verifica qualquer responsabilidade que possa ser imputada ao BNDES, visto que não lhe cabe, na qualidade de agente financeiro, a emissão das licenças ambientais e muito menos o juízo de valor quanto à legitimidade das licenças ambientais devidamente emitidas pelos órgãos competentes para tal, sendo a alegada nulidade destas e consequências daí advindas o fundamento da indenização requerida.

Assim, não há como divergir da conclusão a que chegou a decisão agravada ao excluir o BNDES da lide, e, por conseguinte, indeferir o pedido de exibição do contrato de financiamento relativo ao empreendimento.

De igual modo, não vislumbro, *prima facie*, qualquer ilegalidade no pertinente à elaboração do ECI determinado nos autos de origem.

No particular, a insurgência da parte agravante diz respeito à alegada dilação do prazo “à eternidade” para elaboração do estudo, e que o mesmo não atenderia ao disposto na Constituição Federal e na Convenção n. 169 da OIT, “que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida”.

O prazo de 60 (sessenta) dias concedido à Vale S.A. para elaboração do Plano de Trabalho, o qual se mostra imprescindível para a elaboração do ECI, bem como de 15 (quinze) dias para a sua análise pela Funai, não se mostra desarrazoado, sendo certo que, uma vez submetido à aprovação pelas comunidades indígenas, caberá a elas promover as diligências com vistas a dar plena efetividade à medida.

Assim sendo, a dilação do prazo “à eternidade” pode advir da condução dos trabalhos adotada por qualquer das partes, inclusive da parte agravante, sendo certo que há de haver uma cooperação de todos os envolvidos para que sejam respeitados os prazos estabelecidos com vistas a dar celeridade à conclusão do ECI.

Sobre a questão, a própria Funai, manifestando-se sobre os embargos opostos pela Vale S.A., consigna que “realmente são necessários atos de terceiros, principalmente da Funai e das comunidades indígenas, para que a Vale S.A. possa realizar os Estudos do Componente Indígena, entre eles a manifestação em relação ao

plano de trabalho e em relação à equipe técnica para a realização dos estudos” (Id. Num. 1980870 – pág. 5).

Ademais, a eventual procrastinação pode e deve ser combatida pelas partes, autorizando-se, caso ocorra e for do entendimento do magistrado competente, até mesmo a imposição de multa ao procrastinador.

No mais, não se verifica a alegada violação à Convenção n. 169 da OIT, dado que está sendo oportunizado às comunidades indígenas manifestar-se, inclusive quanto ao plano de trabalho, que precede à elaboração do ECI, o qual, uma vez aprovado, deverá seguir o rito previsto na Instrução Normativa n. 02/2015, verbis:

Seção II

– Da manifestação em relação ao componente indígena dos estudos ambientais

Art. 8º Instada pelo órgão ambiental licenciador a se manifestar em relação aos estudos ambientais, a Funai, por meio da CGLIC, analisará, mediante parecer técnico, os estudos do componente indígena a partir da verificação dos seguintes itens:

I – o cumprimento do Termo de Referência Específico;

II – a avaliação da matriz de impactos socioambientais, sob a óptica do componente indígena; e

III – a relação de causa e efeito entre os impactos apontados no estudo e as medidas propostas para a sua mitigação e controle ambiental.

Parágrafo único. A Funai deverá, ainda, considerar documento específico elaborado pelo empreendedor, complementar aos estudos, desde que este seja apresentado ao órgão licenciador competente e, em caso de concordância, encaminhado ou disponibilizado pelo referido órgão à Funai.

Art. 9º O parecer referido no art. 8º será aprovado por despacho do

Coordenador-Geral da CGLIC, que poderá recomendar à DPDS, de forma motivada, que os estudos sejam:

I – considerados aptos à apresentação para as comunidades indígenas;

II – esclarecidos, detalhados ou complementados pelo empreendedor; ou

III – considerados inaptos à apresentação para as comunidades indígenas.

§ 1º Os estudos considerados aptos pela DPDS serão apresentados às comunidades indígenas afetadas, em linguagem acessível ou com tradução para línguas maternas, com apoio do empreendedor, sempre que necessário.

§ 2º A apresentação e a oitiva das comunidades indígenas serão realizadas por equipe técnica da CGLIC, antes da elaboração de seu parecer final sobre os estudos.

§ 3º No caso previsto no inciso II, acatada a recomendação constante do despacho da CGLIC, o Diretor da DPDS fará as devidas solicitações por meio de ofício ao empreendedor.

§ 4º O pedido de esclarecimentos, detalhamentos ou complementações referido no inciso II do caput poderá ser feito uma única vez, mediante decisão motivada, e deverá ser entregue pelo empreendedor.

§ 5º A contagem do prazo previsto no art. 7º da Portaria Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015, será suspensa durante a elaboração do pedido de esclarecimentos, detalhamentos ou complementações.

§ 6º O órgão ambiental licenciador deverá ser comunicado da suspensão de prazo referida no § 5º.

Art. 10. Após a apresentação e oitiva das comunidades indígenas, a CGLIC

emitirá o parecer técnico final, podendo recomendar à DPDS que os estudos sejam:

I – aprovados;

II – aprovados, com ressalvas; ou

III – reprovados.

Art. 11. A Funai emitirá, por meio de ofício do Diretor da DPDS, sua manifestação conclusiva, podendo:

I – recomendar o prosseguimento do processo de licenciamento, sob a óptica do componente indígena;

ou

II – apontar a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do processo de licenciamento, sob a óptica do componente indígena, indicando, sempre que possível, as medidas ou condicionantes consideradas necessárias para superá-los.

Parágrafo único. A manifestação conclusiva será encaminhada no prazo de até noventa dias no caso de EIA/RIMA e de até trinta dias nos demais casos, a contar da data de recebimento da solicitação do órgão ambiental licenciador.

A decisão agravada, aliás, bem observou o que estatui a Funai, para elaboração do plano de trabalho, nas letras de que:

Após a Funai considerar que o plano de trabalho está apto para a apresentação para as comunidades indígenas, será agendada reunião para a apresentação do plano.

As comunidades indígenas poderão se manifestar quanto ao cronograma e metodologias de realização dos levantamentos, modificando-os caso necessário, bem como, poderão se manifestar quanto à equipe técnica.

Havendo manifestação dos povos indígenas afetados para o ingresso na terra indígena, a Funai fará avaliação dos motivos apresentados. Caso os motivos sejam considerados legítimos, a Funai comunicará ao empreendedor para que este sane os óbices levantados. Caso os motivos apresentados sejam considerados razoáveis e/ou legítimos, a Funai autorizará que os estudos sejam realizados, ou, conforme o caso, avaliará a possibilidade de utilização de dados secundários.

Autorizado o ingresso, a CGLIC informará às comuniddes indígenas envolvidas sobre o início da realização dos trabalhos de campo.

A Funai terá 15 dias para analisar o plano de trabalho. Entretanto, como também é obrigatória a manifestação das comunidades indígenas, não é possível precisar o tempo em que se obterá tal resposta.

Por fim, quanto às demais insurgências, trago à colação a manifestação do Ministério Público Federal, acerca dos embargos de declaração opostos nos autos de origem, pela parte ora agravante, que com inegável acerto analisou a questão (Id. Num. 1980916 – pág. 04):

(...) observo que a FUNAI ressaltou, na sua manifestação de fls. 1537-1543, que o termo de referência por ela já elaborado ainda seria válido. Dessa forma, existe a possibilidade de a VALE dar início à elaboração do plano de trabalho.

De outra banda, os aclaratórios interpostos pelas autoras acabam indo de encontro aquilo afirmado pela FUNAI, uma vez que as associações afirmam que seria necessária a elaboração de um novo termo de referência, ao passo que a autarquia ratifica a validade daquele já existente.

Observo que a parte autora rechaça o termo de referência já elaborado e requer sua atualização com base, principalmente nos seguintes argumentos: a) necessidade de contemplar a efetiva participação das

comunidades indígenas Xikrin, em consonância com as exigências legais e com a Convenção 169 da OIT; b) necessidade de que o ECI contemple a sinergia de todos os empreendimentos suscetíveis de causar impactos a Terra Indígena, inclusive o empreendimento Onça Puma.

Da análise do termo de referência já elaborado, observo que, embora este não tenha feito menção expressa ao empreendimento Onça Puma, aponta expressamente a necessidade de prognosticar os efeitos sinérgicos e cumulativos entre este empreendimento e os demais na região (item 8, fl. 239).

Assim, considerando que o Projeto Onça Puma é evidentemente um dos empreendimentos da região, sua interferência, sob o ponto de vista dos efeitos sinérgicos e cumulativos, não há como ser excluída dos estudos que serão elaborados a partir daquele termo de referência.

Quanto à necessidade de contemplar a efetiva participação das comunidades indígenas Xikrin, em consonância com as exigências legais e com a Convenção 169 da OIT, observo que o termo de referência é expresso quanto à necessidade de a realização ser precedida de elaboração de plano de trabalho, por meio de reuniões nas terras indígenas (item IV, fls. 235-236).

Assim, também não há dúvidas de que o termo de referência já aponta que os estudos deverão ser realizados com base num plano de trabalho a ser elaborado com a participação da comunidade indígena. E tal plano de trabalho deverá contemplar, por óbvio, a necessária e efetiva participação das comunidades indígenas Xikrin no ECI a ser realizado.

Assim, não vislumbro as irregularidades apontadas pela parte autora no termo de referência e entendo que o provimento de tais embargos acabaria inviabilizando, neste momento, atingir o que se pretende com esta ação civil pública, que é a realização de um ECI para

apurar as repercussões do empreendimento S11D às comunidades indígenas representadas em juízo pelas demandantes.

Conforme consignado pelo Ministério Público Federal, não se pode perder de vista o objeto da ação civil pública, que é a “avaliação dos impactos provocados pela atividade do empreendimento em questão, em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos”, conforme dispõe o art. 7º, inciso I, da Portaria Interministerial n. 60/2015, o que é verificado por meio do ECI, não se mostrando razoável a adoção de medidas que destoam do objetivo precípua da ação, inviabilizando a solução da demanda e, por conseguinte, a perseguida preservação socioambiental e cultural dos povos e terras indígenas.

Ante o exposto, por não vislumbrar a presença dos requisitos autorizadores, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Conforme referido, o objeto do presente agravo de instrumento fica limitado à questão da alegação de legitimidade passiva do BNDES e de ilegalidade das medidas adotadas pelo magistrado *a quo* com vistas à elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI).

Ao que se observa do pedido e da causa de pedir, não há qualquer responsabilidade que possa ser imputada ao BNDES, visto que não lhe cabe, na qualidade de agente financeiro, a emissão das licenças ambientais e muito menos o juízo de valor quanto à legitimidade das licenças ambientais devidamente emitidas pelos órgãos competentes para tal, sendo a alegada nulidade e consequências daí advindas o fundamento da indenização requerida.

Relativamente à apresentação dos contratos, como bem observado pelo magistrado prolator da decisão agravada, os argumentos são genéricos, e, por se tratar de documentos sigilosos, fazia-se necessário que houvesse ao menos indícios de participação da instituição financeira no trâmite do licenciamento ambiental.

No que concerne à legalidade das exigências para a elaboração do Estudo de Componente Indígena (ECI), não vislumbro qualquer mácula que possa ser apontada na decisão agravada.

Os fundamentos apresentados, quando do indeferimento da tutela de urgência, são suficientes no sentido da necessidade da adoção dos procedimentos determinados pelo magistrado *a quo*, não havendo que se falar, por isso, na existência de qualquer "dilação de prazo à eternidade".

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Julgo prejudicado o agravo interno.

É o meu voto.