

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000171-91.2013.4.04.7201/SC

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

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, **dar provimento à apelação**, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de fevereiro de 2016.

Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7819354v8** e, se solicitado, do código CRC **23A011C0**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Loraci Flores de Lima

Data e Hora:

16/02/2016 17:22

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000171-91.2013.4.04.7201/SC

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

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 de 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- e, 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 sonogado 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 Funai 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.**

Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA

Relator

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7819353v9** e, se solicitado, do código CRC **EEB7F4B**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Loraci Flores de Lima

Data e Hora: 16/02/2016 17:22

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 16/02/2016**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000171-91.2013.4.04.7201/SC**

ORIGEM: SC 50001719120134047201

RELATOR : Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA

PRESIDENTE : VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

PROCURADOR : Dr. Juarez Mercante

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

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 16/02/2016, na seqüência 278, disponibilizada no DE de 26/01/2016, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

RELATOR : Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA

ACÓRDÃO

VOTANTE(S) : Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA

: Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA

: Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8126351v1** e, se solicitado, do código CRC **E9C6AB0E**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos

Data e Hora: 16/02/2016 09:10