

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.312.132 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : TGB - TERMINAL GRANELEIRO DA BABITONGA S.A.
ADV.(A/S) : BRUNO DE ANDRADE CHRISTOFOLI
RECDO.(A/S) : FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE
ADV.(A/S) : DEBORA TIEMI SCOTTINI
RECDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO NO ENTORNO DE TERRA INDÍGENA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA COMUNIDADE INDÍGENA. CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT N. 169. DECRETO N. 5.051/2004. ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal

RE 1312132 / RS

com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

“DIREITO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO GRANELEIRO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INOCORRÊNCIA” (fl. 1, e-doc. 4).

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos para prequestionamento.

2. O Ministério Público Federal alega contrariados o *caput* e o § 1º do art. 231 e o art. 232 da Constituição da República.

Informa que no *“acórdão [se] negou provimento à apelação do Ministério Público Federal sob o fundamento de que não foi demonstrado que o empreendimento vem a ‘interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, sendo insuficiente a alegação de que a inoccorrência de consulta a essas comunidades, por ocasião do respectivo processo de licenciamento, implicaria na sua nulidade’”* (fl. 112, vol. 5)

Sustenta haver *“obrigação de ser dada proteção também à área de entorno da terra indígena. Da mesma forma que uma área ambientalmente protegida, é preciso que as atividades no seu entorno sejam observadas e reguladas, isso porque a proteção da terra indígena é também uma proteção ambiental, dada a indissociabilidade entre os povos indígenas e os bens ambientais nas suas terras”* (fls. 112-113, vol. 5).

Ressalta que *“a ligação do modo de vida indígena com a natureza é muito estreita. Exatamente por isso o art. 231, § 1º, da Constituição estabelece que as terras indígenas devem incluir as áreas utilizadas para as atividades produtivas (inclusive coleta, caça, pesca) e as imprescindíveis à preservação dos recursos*

RE 1312132 / RS

naturais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural. Nesse sentido, não há como considerar a terra indígena de forma isolada, dissociada de seu entorno, da mesma forma como não é possível fazer isso em relação a qualquer área protegida” (fl. 113, vol. 5).

Aponta não ser “necessário que o empreendimento seja instalado dentro de terra indígena para que a comunidade indígena seja diretamente afetada. Basta que o empreendimento seja apto a provocar interferência sobre ‘as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados’, como prevê o artigo 4º da Convenção 169 da OIT” (fl. 113, vol. 5).

Argumenta que “no caso dos autos deve ser considerado o dano à comunidade indígena pela não participação desde o início do processo de licenciamento em face do direito à consulta prévia, livre e informada” (fl. 114, vol.5).

Salienta que “as comunidades indígenas, no caso, encontram-se totalmente excluídas do processo de tomada de decisões que as afetam diretamente. Essa exclusão acaba violando o direito à autodeterminação e à própria dignidade dos indígenas. De fato, a Convenção 169 da OIT prevê o “direito de consulta prévia como uma expressão da dimensão participativa que se relaciona com o princípio da autodeterminação dos povos e componente da sua própria dignidade” (fls. 114-115, vol. 5).

Assinala que, “como visto nos artigos 6º 7º e 12 da Convenção 169 da OIT, a participação da comunidade indígena deve ocorrer “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas e [d]everão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes’. O sentido destas exigências é superar as naturais dificuldades de comunicação e de compreensão decorrentes do contraste da cultura indígena e da cultura dominante” (fl. 116, vol. 5).

RE 1312132 / RS

Pontua que *“a adequada participação da comunidade indígena, mediante consulta prévia, é decorrência direta do artigo 231, caput, da Constituição, uma vez que é esta a forma que se dá concretude ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios”* (fls. 116-117, vol. 5).

Reforça que *“o acórdão afastou indevidamente os instrumentos de participação e de garantia dos direitos indígenas, do que resulta a negativa de vigência ao artigo 231 da Constituição”* (fl. 117, vol. 5).

Pede *“o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformado o acórdão para que a ação civil pública seja julgada procedente”* (fl. 117, vol. 5).

3. O recurso extraordinário foi inadmitido pela incidência da Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal (fls. 220-221, vol. 5).

4. Em 18.8.2020, dei provimento ao recurso extraordinário com agravo (ARE n. 1.277.937) para análise do recurso extraordinário.

Ressaltei, então, que *“a matéria é constitucional, pois os direitos dos indígenas são assegurados pela Constituição da República e a hipótese de licenciamento ambiental sem a observância desses direitos torna a questão passível de análise por este Supremo Tribunal”* (DJe 4.9.2020).

5. No mesmo ato judicial determinei vista à Procuradoria-Geral da República, que se manifestou pelo provimento do presente recurso extraordinário:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTO PRÓXIMO A TERRAS OCUPADAS POR INDÍGENAS. NATUREZA DECLARATÓRIA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO. PROPRIEDADE DA UNIÃO. DEVER DE PARTICIPAÇÃO DO ENTE FEDERAL PARA PROTEÇÃO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PAPEL COADJUVANTE DAS

RE 1312132 / RS

PRÓPRIAS COMUNIDADES. OBRIGATORIEDADE DE CONSULTA AOS POVOS POSSIVELMENTE AFETADOS. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (fl. 1, e-doc. 19).

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**.

6. Razão jurídica assiste ao recorrente.

7. Como se dispõe no § 1º do art. 231 da Constituição da República, terras indígenas

“(...) são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Na proteção aos direitos dos índios, devem ser considerados não só impactos diretos nas terras por eles habitadas, mas as modificações estruturais no entorno dessas terras que possam causar danos ambientais ou interferir na organização cultural das comunidades indígenas.

No julgamento da Petição n. 3.388, Relator o Ministro Ayres Brito, este Supremo Tribunal reforçou a amplitude do alcance do termo terras indígenas previsto no § 1º do art. 231 da Constituição:

“11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as ‘imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar’ e ainda aquelas que se revelarem ‘necessárias à reprodução física e cultural’ de cada qual das comunidades étnico-indígenas, ‘segundo seus usos, costumes e tradições’ (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos,

RE 1312132 / RS

costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena" (DJe 1º.7.2010).

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 183.188, ressalta a importância da demarcação e preservação de terras indígenas para proporcionar aos índios o exercício de seus direitos assegurados pela Constituição:

"A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (RE n. 183.188, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 14.2.1997).

8. A necessidade de estudos de impacto ambiental e a consulta previa e participação de povos indígenas na aprovação de projetos

RE 1312132 / RS

empresariais que poderão causar impactos ambientais em suas comunidades devem observar os procedimentos previstos na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que foi incorporada ao Direito Brasileiro e tem legitimidade nos postulados de proteção e garantia dos direitos dos índios previstos nos arts. 231 e 232 da Constituição da República.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República pontua o alcance e a aplicabilidade dessa norma à espécie vertente:

“(...) como corretamente expôs o recorrente, o processo administrativo demandava a participação da comunidade possivelmente atingida pelo empreendimento.

Esse Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Pleno, não só pontuou a relevância do papel da União na proteção das terras indígenas, como também alçou os próprios índios a coadjuvantes desse processo e ressaltou o protagonismo da tutela e fiscalização por parte do Ministério Público. (...)

Nessa linha, dispõe a Convenção n. 169 da OIT, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n. 143/2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n. 5.051/2004 (...)

Ora, a mera referência à audiência pública não revela que haja sido respeitado o direito dos silvícolas de serem ouvidos acerca do empreendimento” (fls. 14-17, e-doc. 19).

9. No § 4º do art. 231 da Constituição da República se dispõe sobre a necessidade de se ouvirem as comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento de recursos hídricos e extração mineral em suas terras.

No item 2 do art. 6º da Convenção OIT n. 169 se prevê que *“as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”*.

RE 1312132 / RS

Para a Subprocuradora-Geral da República Deborah Duprat, a consulta às populações indígenas “*deve ser prévia* (‘*sempre que sejam previstas*’), *bem informada* (conduzida ‘*de boa-fé*’), *culturalmente situada* (‘*adequada às circunstâncias*’) e *tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta*” (A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. RCJ – Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, n. 1, ed. 2014.

10. *Necessária a observância ao que disposto no Decreto Legislativo n. 143/2002 e no Decreto Presidencial n. 5.051, de 19.4.2004, pelos quais internalizada a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, na qual se prevê o direito de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, como explicitou este Supremo Tribunal no julgamento dos embargos de declaração opostos do paradigmático ‘Caso Raposa Serra do Sol’ (Petição n. 3.388):*

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

‘Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais

RE 1312132 / RS

intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional’.

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

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

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

70. Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades

RE 1312132 / RS

indígenas como requisito de validade' (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios" (trecho do voto do Relator, o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 3.2.2014).

No voto para referendar a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709, o Ministro Luiz Fux menciona exemplos no direito comparado e julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a necessidade de participação efetiva das comunidades indígenas na consulta prévia sobre políticas públicas e empreendimentos privados em seus territórios, que possam causar danos socioambientais irreversíveis ou de difícil reparação:

"No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural.

(...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados

RE 1312132 / RS

outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes” (voto publicado em 1º.10.2020).

11. Sobre a importância de se consultar as comunidades indígenas possivelmente atingidas pelos impactos ambientais dos empreendimentos a serem implantados em terras indígenas ou nas proximidades dela, vale destacar documento publicado pelo Cimi – Conselho Indigenista Missionário, nas palavras do historiador indigenista Clóvis Antônio Brighenti:

“Uma segunda mudança passa pela necessidade de participação dos povos indígenas em todas as etapas do processo, o que implica em poder opinar sobre a obra. Não podem ser consultados apenas depois que o projeto estiver definido para não serem meros objetos de medidas mitigadoras. Em 2011 o movimento indígena entregou ao governo brasileiro um documento onde solicita a Consulta Prévia, Livre e Informada - CPLI, e segundo os indígenas essa consulta prévia deve ser entendida como um processo e não como um evento. Reivindicação que já é um direito garantido aos povos indígenas, que necessita, no entanto, ser implementado” (Impactos ambientais sobre comunidades indígenas: necessidade de revisão metodológica e construção de novos referenciais de análise, in Empreendimentos que Impactam Terras Indígenas. Saulo Ferreira Feitosa e Clóvis Antônio Brighenti (organizadores), Cimi – Conselho Indigenista Missionário, Brasília, 2014, p. 45).

O julgado recorrido diverge dessa orientação jurisprudencial.

12. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário** (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) **para anular o julgado recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para**

RE 1312132 / RS

decidir como de direito.

Publique-se.

Brasília, 2 de março de 2021.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora