

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.452 - SC (2017/0270853-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**RECORRIDO** : **FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**  
**ADVOGADO** : **DEBORA TIEMI SCOTTINI - SC040392**  
**RECORRIDO** : **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI**  
**RECORRIDO** : **TGB - TERMINAL GRANELEIRO DA BABITONGA S.A.**  
**ADVOGADO** : **BRUNO DE ANDRADE CHRISTOFOLI - SC031342**

**DECISÃO**

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por Ministério Público Federal, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ, fl. 644):

DIREITO AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO GRANELEIRO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INOCORRÊNCIA.

- Não havendo demonstração consistente de que o empreendimento questionado venha a interferir ou prejudicar concretamente interesses de comunidades indígenas, não há falar em nulidade do processo de licenciamento ambiental.

- Tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo.

Os embargos de declaração foram acolhidos apenas para fins de prequestionamento (e-STJ, fl. 675).

O recorrente argumenta, em síntese: i) nulidade por omissão quanto à incompetência da FATMA sobre a questão da interferência do empreendimento em terra indígena, matéria exclusiva da FUNAI (arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015); ii) nulidade do licenciamento por ausência de consulta prévia, livre e informada à comunidade indígena tida como não afetadas pela obra (4º e 6º da Convenção 169/OIT e 5º da Resolução 1/86 do Conama); e iii) necessidade de intervenção da FUNAI no licenciamento ambiental (13 da Lei Complementar n. 140/2011; 1º, VII, da Lei n. 5.371/1967; e 14 da Lei n. 11.516/2007).

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 722-755), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fl. 813).

Parecer pelo provimento (e-STJ, fls. 884-889).

Processo com prioridade legal (art. 12, § 2º, VII, do CPC/2015, combinando com a Meta 6/CNJ/2019 - "Identificar e julgar até 31/12/2019 80% dos recursos oriundos de ações coletivas distribuídos a partir de 01/01/2015").

É o relatório.

Quanto ao eventual conflito de competências entre a FATMA e a FUNAI, o acórdão assim afirmou seu entendimento, reportando-se à sentença (e-STJ, fl. 638):

Deve-se atentar que, no presente feito, não se está a discutir a quem pertence a atribuição de licenciar o empreendimento em questão, tema submetido à apreciação judicial em processo diverso pelo mesmo Ministério Público Federal. A discussão é se, no contexto da presença indígena na vizinhança do terreno de implantação do empreendimento, seria inválido o licenciamento concedido pelo órgão ambiental estadual sem participação substancial da FUNAI e da própria população indígena.

[...]

Desses preceitos legais, não há como reconhecer, como quer o autor, uma obrigação de intervenção da FUNAI sempre que há potencial de afetação indígena. O que há, nos termos da LC n.º 140/2011, art. 13, § 1.º, é a possibilidade de participação de um ente federal no licenciamento de outro e, mesmo nesse caso, a manifestação desse ente é meramente facultativa, em especial naquelas situações, como foi a dos autos, em que o possivelmente interessado - a FUNAI - deixa de se manifestar mesmo quando provocado

Sendo assim, não há que se falar em omissão, obscuridade ou contradição do aresto.

No que tange à consulta das comunidades indígenas à luz da Convenção 169/OIT, cabe preliminarmente, ponderar sobre o cabimento do presente feito. Não se desconhece a existência de julgados desta Corte reconhecendo sua competência para apreciar os recursos fundados na violação de tratados de caráter supralegal (nesse sentido, por exemplo, o REsp 1.640.084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/2/2017).

Entretanto, tem a Corte Suprema sinalizado que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que não submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, integram o que se denomina de "bloco de constitucionalidade", ganhando caráter supralegal.

A propósito, entre outros: ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8/6/2017; RE 603,616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015; ADI 5240, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/2015; HC 96.772, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 9/6/2009.

Nesse plano, compreendo descaber a análise, por esta Corte, de violação da norma convencional veiculadora de direitos humanos. Ademais, ao paralisar a eficácia da norma legal, o tratado supralegal, parece-me, aproxima-se ontologicamente muito mais de disposição constitucional que de legislação federal. Também assim a doutrina (grifos acrescidos):

Questão interessante se relaciona com a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal realizar controle difuso, em face de direito supralegal, mediante recurso extraordinário. É que se poderia argumentar, em primeiro lugar, que tratado não constitui norma constitucional e, depois, que violação de direito supralegal não abre oportunidade à interposição de recurso extraordinário (art. 102, CF).

É óbvio que tratado não se confunde com norma constitucional, podendo assumir este *status* quando aprovado mediante o *quorum* qualificado do §3º do art. 5º da

Constituição Federal.

Sucedo que também certamente não se equipara, na qualidade de direito supralegal, com direito federal, cuja alegação de violação abre ensejo ao recurso especial (art. 105, CF).

Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal admitiu e julgou recurso extraordinário em que se alegou violação de direito reconhecido como supralegal exatamente quando enfrentou a questão da legitimidade da prisão civil do depositário infiel (RE n.466.343).

(MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*, 2013.

No mesmo sentido, ainda, o REsp 1.633.357 (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14/12/2016). Anoto, assim, a existência de agravo contra a inadmissão de recurso extraordinário interposto na origem.

Mesmo que se entenda cabível o exame do tratado, internalizado pelo Decreto n. 5.051/2004, dispõe a norma:

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.

Para o recorrente, tal consulta deve ocorrer, necessária e estritamente, na fase de licença prévia. O acórdão assim afirmou seu entendimento (e-STJ, fl. 641, grifos acrescidos):

**A licença ambiental prévia expedida (34:5), ressalte-se, incluiu como um de seus condicionantes, a realização de estudo de impactos quanto ao componente indígena (34:5, pgs. 15/19, item 3.3), já considerando alguns desses impactos e a realização de medidas mitigadoras em todas as fases do empreendimento. Tal decisão do órgão ambiental estadual foi proferida após olímpico silêncio da FUNAI, mesmo claramente provocada pelo empreendedor ainda em novembro de 2014 (34:6), estando provado que a autarquia federal recebeu o pedido e solicitou esclarecimentos no mês seguinte (34:7) e deixou de agir após a complementação de informações (34:8) enviada pelo empreendedor e**

# *Superior Tribunal de Justiça*

recebida pela FUNAI em 26/01/2015. Ademais, o próprio órgão ambiental já solicitou a participação da FUNAI no estudo a ser realizado para a emissão da licença de instalação (11:2), ofício que, a crer no afirmado pela FUNAI em sua resposta, está afundado em algum recanto burocrático da instituição.

O que se tem, de tudo isso, é que, ainda que se tenha por necessário o estudo do componente indígena, tanto a consulta dos povos como a participação da FUNAI não são elementos causadores de nulidade da licença, em especial quando se constata que houve, pelo empreendedor e também pelo órgão de controle ambiental licenciador, o cuidado de observar esse elemento e de solicitar a participação da FUNAI no processo. A omissão, nesse caso, não invalida as licenças e, constatado que **a licença de instalação necessariamente será precedida do estudo em questão - que contemplará, conforme previsto na licença prévia, participação das comunidades indígenas** -, não há razão para a procedência do pedido no que concerne ao ponto.

Nota-se, portanto, ter havido a consulta ao órgão responsável pela questão indígena, que silenciou. Ainda assim, foi disposto como condição da licença de instalação a realização de estudos de impacto sobre o componente indígena. Não dimana da norma internacional a previsão expressa de que a consulta aos povos tradicionais seja anterior a qualquer outra; no caso, tal manifestação não foi descartada e, nos termos da decisão, será efetivada no curso do processo de licenciamento do empreendimento, antes de sua instalação ou operação.

Do mesmo modo, a intervenção da FUNAI no licenciamento ambiental não foi descartada ou impedida; ao contrário, foi expressamente exigida, na forma de condicionante da licença prévia. Ademais, não se extrai das normas elencadas a obrigatoriedade dessa participação na forma e fase pretendidas pelo recorrente.

Além disso, a instância de origem considerou que o impacto do empreendimento na área supostamente – porque ainda, ao menos à época, objeto de disputa – indígena é apenas indireta (e-STJ, fl. 640):

A norma emanada na convenção relativa à consulta dos povos indígenas tem por objetivo tratar as situações em que a afetarão esses povos diretamente, situação que somente seria possível se houvesse uma interferência direta do empreendimento na área ocupada pelos indígenas - o que inequivocamente não há. Veja-se que mesmo as referências em que se funda o MPF trazidas na inicial (1:1, pg. 5) apontam de forma inequívoca que a área de influência 'socioeconômica' - que, repita-se, é mera área de influência, e não 'área diretamente afetada' - é a única que abrange concretamente a terra pretensamente indígena. Ora, esse levantamento 'socioeconômico' procura identificar a área que, potencialmente, poderá vir a ser desenvolvida, por força da contratação de força de trabalho ou de fornecedores diretos, em razão das atividades inerentes à atividade portuária. Não se trata, portanto, de uma influência direta que reclame a consulta ou uma autorização especial.

De um lado, portanto, os dispositivos de lei federal – ou do tratado – invocados não dão suporte normativo à pretensão recursal, atraindo a incidência da Súmula 284/STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia). De outro, afastar a

# *Superior Tribunal de Justiça*

conclusão da origem quanto à influência estritamente indireta na área potencialmente indígena exigiria exame direto de fatos e provas, esbarrando na vedação da Súmula 7/STJ (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial).

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2019.

Ministro Og Fernandes  
Relator

