

CONFIDENCIAL

Parecer Jurídico

DATA: 19 de julho de 2022

PARA: COMISSÃO ARNS: INVASÃO DE TERRA INDÍGENA YANOMAMI

DE: Campos Mello Advogados em cooperação com DLA Piper

ASSUNTO: Legalidade das medidas requeridas nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamento 709/DF (ADPF 709).

SUMÁRIO

Consulta	2
1. ARCABOUÇO JURÍDICO	3
1.1. As Terras Indígenas e sua proteção constitucional.....	3
1.2. O órgão de assistência aos povos indígenas: A FUNAI.....	6
1.3. O Estatuto do Índio	7
1.4. A obrigação de reparar os danos ambientais	8
1.5. Invasão da “casa indígena”	9
2. RESPONSABILIDADE FUNCIONAL	12
2.1. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 [Regime Jurídico Único - RJU]	12
2.2. Dever da FUNAI e de sua Diretoria Colegiada.....	14
3. REQUERIMENTO DA APIB E SUGESTÕES	16



CONSULTA

Enquanto a alavanca e o almocafre retiniam pelas grupiarias extraíndo o cascalho precioso, os golpes do machado reboavam pelas florestas e de espaço a espaço um baque, estrugindo ao longo das costas, anunciava a queda de mais um tronco robusto e secular¹.

1. Consulta-nos a Comissão Arns² [COMISSÃO, ASSOCIAÇÃO], associação civil dedicada à defesa dos direitos humanos e da democracia, por meio de seu ilustre integrante o advogado Luiz Armando Badin sobre a legalidade das medidas requeridas nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF [ADPF 709] que tramita perante o Supremo Tribunal Federal [STF], tendo como relator o Sr. Ministro Roberto Barroso
2. Relata o ilustre consultante que a **Terra Indígena Yanomami** [TIY] sofre invasão de garimpeiros ilegais e outros indivíduos com vistas à prática de diversos tipos de ilícitos e que isto tem prejudicado fortemente o modo de vida e a própria sobrevivência física do **povo Yanomami**³, causando danos ao meio ambiente e, em última instância, destruindo o patrimônio da União⁴. Acrescenta, em sua consulta, que há vários serviços públicos prestados sob regime de concessão ou autorização que estão funcionando perfeitamente no interior da TIY, facilitando a continuidade das práticas delituosas. A título de demonstração das alegações constantes da Consulta, a Comissão apresenta a bem lançada petição formulada pela **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil [APIB]** dirigida ao Ministro relator da ADPF 709.
3. Aduz, ainda, que a Comissão, diante da gravidade dos fatos relatados, cogita postular sua admissão como amiga da Corte na ADPF 709 e que, em tal condição, pretende colaborar com o STF para que se alcance uma solução justa para o caso, que dê efetividade aos direitos constitucionais do povo Yanomami.
4. A mencionada petição da APIB, instruída com fotos, demonstra vários (1) acampamentos, (2) pistas de pouso, (3) rios muito poluídos e (4) desmatamento. Além disso, o texto da peça processual denuncia

¹GUIMARÃES, Bernardo. *O garimpeiro*. São Paulo: Ática. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000058.pdf> > acesso em 27.06.2022

² Disponível em < <https://comissaoarns.org/pt-br/> > acesso em 02.07.2022

³ Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Artigo 1º (3) A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

⁴ Constituição Federal. Art. 20. São bens da União: (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.



agravamento de doenças como a malária, por exemplo; indica também violência física, moral e sexual praticada contra os indígenas, em especial mulheres e crianças. Há indicação, também, dos crescentes índices de desmatamento no interior da TIY, fruto das atividades ilegais denunciadas.

5. A Consulta será respondida em 3 (três) partes que começarão com o exame do (1) arcabouço legal aplicável ao caso, a (2) responsabilidade funcional dos responsáveis órgão da administração pública responsável pela assistência aos indígenas e, por fim, a (3) análise da conformidade jurídica dos pedidos da APIB.

6. Estabelecidas as premissas fáticas da Consulta, passa-se a respondê-la, como se segue:

1. ARCABOUÇO JURÍDICO

1.1. AS TERRAS INDÍGENAS E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

7. A teoria jurídica do indigenato tem longa tradição no direito brasileiro. Nas famosas conferências que João Mendes Júnior proferiu em 1902, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, já se distinguia claramente a legitimidade originária característica da posse nativa do colonato fundado no Direito Civil. A Constituição de 1934, por sua vez, foi a primeira que efetivamente reconheceu a posse indígena [*silvícolas*, na linguagem adotada à época] como título legítimo, representando o direito de primeira ocupação em nível constitucional. Expressamente, o artigo 129 estabelecia que:

“Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

8. A Carta Ditatorial de 1937 manteve disposição assemelhada ao estabelecer, no artigo 154⁵; em 1946, o regime democrático também afirmou o direito de primeira ocupação indígenas, conforme disposto no artigo 216⁶. O regime militar implantado em 1964 promoveu uma profunda alteração no regime constitucional das terras ocupadas pelos indígenas [*silvícolas*, na linguagem da Carta], incluindo-as entre os bens da União⁷ e reconhecendo-lhes a posse das terras que habitassem e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as suas utilidades⁸. A Emenda Constitucional 1/1969, baixada sob a égide do Ato Institucional nº 5, em relação às terras ocupadas pelos povos originários manteve as disposições contidas na

⁵ Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

⁶ Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não as transferirem.

⁷ Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: (...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

⁸ Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.



Carta de 1967 e declarou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos indígenas, não gerando direito a qualquer ação ou indenização⁹.

9. É relevante notar que, apesar das disposições constitucionais mencionadas, as agressões e violências contra os povos indígenas não cessaram¹⁰.

10. A Constituição Federal de 1988 é a que mais amplamente tratou das diversas questões relativas aos povos indígenas, contendo várias menções implícitas e explícitas aos primeiros habitantes do país. Os artigos constitucionais voltados para os povos indígenas são os seguintes: artigos 20, XI; 22, XIV; 109, XI; 129, V; 210, §2º; 215, §1º; 231 e 232¹¹. As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas integram o conjunto de bens

⁹ Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. §1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. §2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

¹⁰ VALENTE, Rubens. Os fuzis e as flechas, São Paulo. Companhia das letras. 2017.

11 Art. 20. São bens da União: (...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XIV - populações indígenas;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. (...)

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. §1º 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. §2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. §3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. §4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. §5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em



da União (art. 20, XI), sendo sua competência legislar sobre as populações indígenas (art. 22, XIV). Ao Congresso Nacional compete dispor sobre a autorização, a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a lavra de riquezas minerais nas terras indígenas (art. 49, XVI)¹². É importante observar que, no caso, o Congresso Nacional exerce a atribuição sem a sanção do Presidente da República (art. 48)¹³.

11. O processamento e o julgamento de ações judiciais versando sobre direitos indígenas cabe à Justiça Federal (art. 109, XI), sendo atribuição do Ministério Público Federal a tutela judicial dos interesses e direitos das populações indígenas (art. 129, V).

12. A educação dos povos indígenas também foi motivo de preocupação da Assembleia Nacional Constituinte. O artigo 210, em seu §2º, determinou fossem asseguradas às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Garantiu a Lei Fundamental que os povos indígenas pudessem se desenvolver em seus próprios idiomas e, mais que isso, que possuíssem instrumentos capazes de garantir a perpetuação de um dos elementos mais fundamentais para a construção de uma identidade, que é a língua nativa.

13. Ainda no campo cultural, o constituinte desejou fossem garantidas as peculiaridades da cultura indígena. Em assim sendo, foi assegurada aos índios a proteção de seus valores e manifestações culturais (art. 215 e §§). Não se pode deixar de anotar que as tradições, modos e maneiras de viver, pensar e produzir, indígenas, por força da norma contida no artigo 216¹⁴, são parte integrante do patrimônio cultural brasileiro.

qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. §6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §3º e 4º. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Pública dão em todos os atos do processo.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹² Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

13 Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:(...).

¹⁴ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.



14. Uma diferença marcante entre a Constituição de 1988 e as que a antecederam é que, na Carta vigente, há o reconhecimento do **caráter originário** dos direitos dos povos nativos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, motivo pelo qual, são imprescritíveis. A Constituição reconheceu que, em diversos casos, os povos indígenas foram desapossados violentamente de suas terras, logo não poderiam ser privados de seus direitos pela *via de fato*.

1.2. O ÓRGÃO DE ASSISTÊNCIA AOS POVOS INDÍGENAS: A FUNAI

15. A assistência aos povos indígenas é atribuição da Fundação Nacional do Índio [FUNAI], entidade criada em 1967, em substituição ao antigo Serviço de Proteção aos Índios fundado pelo Marechal Rondon, em 1910, no governo de Nilo Peçanha.

16. A Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967 autorizou a instituição da FUNAI, com as finalidades de garantir o cumprimento da política indigenista, em especial, o (1) “respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais”; (2) garantir a posse permanente das terras habitadas pelos indígenas e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; (3) “preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional” e (4) gestão do Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização¹⁵.

17. O Decreto nº 9.010, de 23 de março de 2017 aprovou o Estatuto da FUNAI que, em seu artigo 2º¹⁶ compatibilizou as suas finalidades com o ordenamento constitucional de 1988, com destaque para: (1)

¹⁵ Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;
d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

¹⁶ Art. 2º A FUNAI tem por finalidade: I - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União; II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios: a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas; b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações; c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes; d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los; e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas; f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas



proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União e, em relação à política indigenista; (2) **garantia ao direito originário**, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes; (3) **garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas**; e (4) exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas.

18. A Diretoria Colegiada da FUNAI tem por obrigação “examinar e propor ações para proteção territorial e promoção dos povos indígenas”¹⁷. Especificamente, à Diretoria de Proteção Territorial compete, por exemplo: (1) planejar, coordenar, propor, promover, implementar e monitorar as políticas de proteção territorial, em articulação com os órgãos e as entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal¹⁸. Ao Presidente da FUNAI compete, dentre outras tarefas: (1) formular os planos de ação da FUNAI e estabelecer as diretrizes para o cumprimento da política indigenista; (2) editar instruções sobre o poder de polícia nas terras indígenas¹⁹.

19. Como se pôde ver, as atribuições da FUNAI e de sua Diretoria Colegiada são inúmeras, estando aos seus cuidados a proteção e administração das Terras Indígenas [TI] e, em especial a defesa dos povos indígenas em seus territórios e zelar pelo patrimônio público federal constituído pelas terras cedidas em usufruto exclusivo aos indígenas que as ocupam tradicionalmente. Para exercer seus deveres legais, a instituição conta com o apoio de uma Procuradoria Federal Especializada²⁰.

1.3. O ESTATUTO DO ÍNDIO

20. A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 [ESTATUTO DO ÍNDIO, ESTATUTO], ainda parcialmente vigente, estabelece em seu artigo 2º que cumpre à União e aos demais entes federativos, inclusive os órgãos das respectivas administrações indiretas, no limite de suas competências, **garantir aos índios e comunidades**

públicas que lhes digam respeito; III - administrar os bens do patrimônio indígena, conforme o disposto no art. 29, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, podendo também administrá-los na hipótese de delegação expressa dos interessados; IV - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, visando à valorização e à divulgação de suas culturas; V - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas; VI - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas; VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena; VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas.

¹⁷ Art. 10. À Diretoria Colegiada compete: (...) III - examinar e propor ações para proteção territorial e promoção dos povos indígenas;

¹⁸ Art. 20

19 Art. 25

²⁰ Art. 5º A FUNAI tem a seguinte estrutura organizacional: (...)

III - órgãos seccionais:

a) Procuradoria Federal Especializada;



indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes²¹.

21. No caso ora examinado, o povo [COMUNIDADE²²] Yanomami está, claramente, tendo *os seus direitos individuais e coletivos violados* por ocupantes ilegais das terras *públicas federais cujo usufruto exclusivo pertence, por disposição constitucional, aos Yanomami*, em função de seus direitos originários, já devidamente reconhecidos em regular processo demarcatório homologado pelo presidente da República²³.

22. Relativamente às TI, o §1º do artigo 18 veda a qualquer pessoa estranha aos “grupos tribais ou comunidades indígenas” que exerçam a “caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa”²⁴. Fazer valer os direitos indígenas é uma obrigação do órgão federal de assistência aos indígenas, “**sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República**” (art. 25)²⁵.

1.4. A OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS AMBIENTAIS

23. As TI são importantes espaços territoriais especialmente protegidos, estando genericamente incluídas nas disposições do § 1º, III, combinado com o §§ 3º e 4º do artigo 225 e 231, § 4º²⁶. A petição da

²¹ Art. 2º. Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos: (...) IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

²² Lei 6001/1973. Art. 3º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

²³ Art. 7º. Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. §2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

²⁴ Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas. (...) §1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

²⁵ Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

²⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.



APIB demonstra, cabalmente, a prática reiterada e sistemática de danos ao meio ambiente e à saúde humana²⁷ causados pelos invasores da TIY os quais, infelizmente, são de conhecimento público e notório (Código de Processo Civil, art. 374, I)²⁸.

24. O STF, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 654.833, fixou o Tema 999 que declara imprescritíveis os danos ao meio ambiente, em especial em TI, segundo expressa disposição constitucional.

1.5. INVASÃO DA “CASA INDÍGENA”

25. A “casa” do indígena é a TI, dado que o conceito adotado pelos povos originários no que se refere à sua morada permanente não se restringe ao teto que cobre sua cabeça. Como já citado, o artigo 18, § 1º do Estatuto estabelece a proibição de entrada de pessoas estranhas aos grupos tribais ou comunidade indígena. É vedada a entrada em TI com o objetivo extrativista, por exemplo.

26. Nas palavras do Ministro Victor Nunes Leal: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”²⁹.

27. A prática se constitui em crime de invasão de terra pública, havendo vasta jurisprudência sobre a

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...)
§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

²⁷ Pesquisa da Fiocruz encontrou mercúrio no cabelo de indígenas Yanomami

Algumas pesquisas já têm começado a demonstrar o impacto da atividade garimpeira sobre a saúde dos povos indígenas. Em 2019, dados preliminares de uma pesquisa realizada pela Fiocruz identificou níveis de mercúrio acima do limite estabelecido pela OMS em mulheres e crianças da etnia Yanomami das aldeias de Maturacá e Ariabu, na região de Maturacá, no Amazonas.

De acordo com o estudo, que analisou amostras de cabelo de quase 300 indivíduos, 56% dos indígenas apresentaram concentrações de mercúrio acima do limite estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que é de dois microgramas por grama (ou ppm). Em 4% da população analisada havia concentrações acima de seis microgramas por grama, considerado o limite para o surgimento de efeitos adversos à saúde. A partir dessa concentração de mercúrio no cabelo, aumentam as chances de surgirem danos neurológicos graves.

A análise chegou a identificar uma concentração máxima de 13,87 ppm em uma amostra de cabelo de uma criança de apenas três anos, o equivalente a sete vezes o limite estabelecido pela OMS e o dobro da concentração limite para o surgimento de efeitos adversos para a saúde. “No caso de crianças pequenas, de meses a três anos, por exemplo, a exposição ao mercúrio pode estar associada ao consumo de leite materno (que também pode conter mercúrio caso a mãe se alimente de peixes contaminados), mas também pode ser reflexo da exposição intrauterina”, apontou Ana Cláudia Vasconcellos, professora-pesquisadora da Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (EPSJV/Fiocruz), que integrou a equipe multidisciplinar responsável pelo estudo, em uma reportagem do Portal EPSJV/Fiocruz de 2019. “Em grávidas, essa substância ultrapassa a placenta e o risco é muito maior para o feto, que ainda está em formação. O cérebro do feto é muito mais sensível ao mercúrio e pode comprometer a cognição. Essa criança pode ficar com a inteligência comprometida para o resto da vida, ter danos ou perda de visão, da audição e até mesmo na parte motora”, alertou a pesquisadora. Disponível em < <https://www.ecodebate.com.br/2022/04/17/relatorio-denuncia-a-violencia-e-os-impactos-ambientais-do-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami/> > acesso em 03/07/2022

²⁸ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios;

²⁹ Ver nota 12.



matéria³⁰.

28. No particular, veja-se que o artigo 4º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho estipula que os direitos decorrentes da condição de indígena não deverão prejudicar a fruição dos direitos gerais de cidadania³¹. Logo, o domicílio indígena está tutelado na condição de terra pública federal, bem como se encontra albergado pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal³².

29. A jurisprudência nacional é pacífica no sentido de não permitir a ocupação de TI por não indígenas³³.

30. A Corte Interamericana de Direitos Humanos [CIDH]³⁴ já condenou o Brasil no caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, de acordo com a sentença de 5 de fevereiro de 2018, obrigando o Estado a fazer a desintrusão de terceiros não indígenas da TI, conforme os seguintes extratos:

“b.2. O dever de garantir o direito à propriedade coletiva e a segurança jurídica.
121. Esta Corte afirmou reiteradamente que o artigo 1.1 da Convenção apresenta duas vertentes. Por um lado, se encontra a obrigação (negativa) de respeito, que implica que os Estados devem se abster de cometer atos que infrinjam os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas pela Convenção; por outro, encontram-se as obrigações (positivas) de garantia dos Estados. Essas obrigações implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Essas obrigações se configuram e devem manifestar-se de diferentes formas, dependendo do direito de que se trate. É evidente que, por exemplo, assegurar a igualdade e a não discriminação de jure e de facto não exige do Estado os mesmos atos praticados para assegurar o livre uso e gozo da propriedade privada ou, como neste caso, da propriedade coletiva das populações indígenas.
122. Muito estreitamente vinculado ao anterior, encontra-se o princípio de segurança jurídica. Esse princípio garante, entre outros aspectos, estabilidade nas situações jurídicas, e é parte fundamental da confiança do cidadão na institucionalidade democrática. Essa

³⁰ TRF-1 - APR: 00078086120104014100, Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Data de Julgamento: 23/06/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 06/07/2015.

³¹ Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

³² Art. 5º - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

³³ TRF 1 - AC 0002834-11.2005.4.01.3500, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, 6ª TURMA, e-DJF1 DATA:11/05/2018

³⁴ Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf > acesso em 03/07/2022



confiança é um dos pilares essenciais sobre os quais reside um Estado de Direito, desde que se fundamente em uma real e efetiva certeza dos direitos e liberdades fundamentais. Este Tribunal coincide com seu par europeu no sentido de que esse princípio se encontra implícito em todos os artigos da Convenção. Em contraposição, a falta de segurança jurídica pode se originar em aspectos legais e administrativos, ou em práticas estatais que reduzam a confiança pública nas instituições (judiciais, legislativas ou executivas), ou no gozo dos direitos ou obrigações reconhecidos por meio daquelas, e impliquem instabilidade quanto ao exercício dos direitos fundamentais e de situações jurídicas em geral.

123. Desse modo, para esta Corte, a segurança jurídica se vê assegurada – entre outras concepções – enquanto exista confiança de que os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados e garantidos a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte na Convenção Americana. Isso, como se explicou, pode se dar por diversos meios, dependendo da situação concreta e do direito humano de que se trate.

124. Para a situação em especial dos povos indígenas, a perita Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, observou que para garantir o uso e o gozo do direito da propriedade coletiva, os Estados devem assegurar que não exista interferência externa sobre os territórios tradicionais, ou seja, devem eliminar qualquer tipo de interferência sobre o território em questão por meio da desintração, com o objetivo de que o exercício do direito à propriedade tenha um conteúdo tangível e real. No mesmo sentido, manifestou-se no presente processo o perito Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso as populações ou povos interessados não possam exercer plenamente e de forma pacífica seu direito. A desintração não só implica a retirada de terceiros de boa-fé ou de pessoas que ocupem ilegalmente os territórios demarcados e titulados, mas a garantia de sua posse pacífica, e que os bens titulados careçam de vícios ocultos, isto é, que sejam livres de obrigações ou gravames em benefício de terceiras pessoas. Caso isso não se verifique, para a Corte é claro que o direito de propriedade coletiva não foi garantido por completo. Assim, a Corte considera que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintração de territórios indígenas são mecanismos que garantem segurança jurídica e proteção a esse direito.

(...)

129. A controvérsia no presente caso ocorre, portanto, quando se trata de determinar se as ações executadas pelo Estado no caso concreto foram efetivas para garantir esse reconhecimento de direitos e o impacto que sobre ela teve a demora nos proces-



sos. Além disso, a Corte analisará se a demora em resolver as ações judiciais interpostas por terceiros não indígenas afetaram a segurança jurídica do direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru.

(...)

4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 150 a 162 da presente Sentença.

(...)

9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença.

10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela disposto”

31. De acordo com o precedente da CIDH, a invasão de TI e a omissão da autoridade responsável pela assistência aos indígenas são violações graves dos direitos humanos e dos direitos de propriedade coletiva do Povo Yanomami. O direito brasileiro, no entanto, tem solução, seja no âmbito administrativo, no cível e mesmo no penal.

2. RESPONSABILIDADE FUNCIONAL

2.1. A LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990 [REGIME JURÍDICO ÚNICO - RJU]

32. O RJU, em seu artigo 2º define como servidor público “a pessoa legalmente investida em cargo público”, provido em caráter efetivo ou em comissão. Os cargos da Diretoria Colegiada da FUNAI são providos em comissão, sendo de livre nomeação e exoneração pelo Sr. Presidente da República. O artigo 116³⁵ estabelece que são deveres do Servidor Público: (1) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; (2) ser fiel às instituições a que servir, (3) observar as normas legais e regulamentares e (4) zelar pelo patrimônio público.

³⁵ Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares (...) VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público.



33. Por sua vez, o artigo 121 do RJU estabelece que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. A responsabilidade civil do servidor decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo que resulte em prejuízo para o erário ou a terceiros³⁶.

34. O servidor público nomeado para o exercício de cargo em comissão, embora exonerável *ad nutum* pela autoridade que o nomeou, poderá ter a exoneração transformada na pena de *destituição de cargo em comissão*³⁷, se a infração disciplinar cometida for daquelas que dão margem à aplicação das penas de suspensão³⁸ e demissão³⁹.

35. Acrescente-se que a Lei de Improbidade Administrativa [LIA]⁴⁰, em seu artigo 10, XII⁴¹ estabelece o tipo “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”, punível na forma do artigo 12, II, com

perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos.

36. Tais apurações deverão ser conduzidas pela Controladoria Geral da União [CGU], ante a inexistência de condições objetivas para a instauração do procedimento apuratório pela FUNAI⁴².

³⁶ Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

³⁷ Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

³⁸ Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. §1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação. §2º. Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

³⁹ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

⁴⁰ Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992

⁴¹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...) XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.

⁴² 3. Contudo, ressalvo o meu ponto de vista, para seguir o entendimento firmado por esta Corte de que incumbe à CGU instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade



2.2. DEVER DA FUNAI E DE SUA DIRETORIA COLEGIADA

37. Os fatos narrados na petição da APIB, em tese, indicam que a Diretoria Colegiada da FUNAI não tem cumprido com as suas obrigações legais no que tange à proteção do Povo Yanomami e à defesa TIY. Com efeito, há declarações – não desmentidas – do Sr. Presidente da FUNAI que demonstram uma compreensão muito particular de seus deveres funcionais⁴³, pois compara os invasores da TIY com as vítimas da invasão, ignorando por completo o direito aplicável, que sanciona os primeiros e protege as segundas. Essa inversão de valores constitucionais pode ser perfeitamente caracterizada como abuso de poder por desvio de finalidade.

38. Independentemente do juízo de valor que o Sr. Presidente da FUNAI possa fazer em relação aos garimpeiros, o fato é que as terras públicas federais pertencem ao usufruto exclusivo dos indígenas, cabendo à FUNAI defendê-las, conforme sua missão institucional. Aliás, a medida correta a ser tomada pela presidência da FUNAI, se constatada desídia passada, era determinar a apuração de responsabilidade, como é dever de todo servidor público [RJU, art. 116, VI]⁴⁴.

39. Milita em favor da veracidade dos fatos alegados na petição da APIB o amplo noticiário, nacional e internacional⁴⁵, apresentando atitudes tomadas pela FUNAI que vão em direção diretamente oposta aos seus deveres institucionais⁴⁶. Diante do contexto legal acima exposto e da petição apresentada pela APIB, é razoável que a Controladoria Geral da União [CGU], usando seus poderes correccionais, instaure apuração administrativa para que se investigue o aparente “estado de coisas inconstitucional”⁴⁷ que se instalou na FUNAI, sem prejuízo da atuação repressiva do Ministério Público Federal.

de origem; b) da complexidade e relevância da matéria; c) da autoridade envolvida; ou d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade. STJ - MS: 20529 DF 2013/0348239-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 13/12/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/02/2018)

⁴³ Garimpeiros são tão vítimas quanto os Yanomami, diz presidente da Funai. Disponível em < <https://www.brasildefato.com.br/2022/04/12/garimpeiros-sao-cao-vitimas-quanto-os-yanomami-diz-presidente-da-funai> > acesso em 02/07/2022

⁴⁴ Art. 116. São deveres do servidor: (...) VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração.

⁴⁵ O que se sabe sobre invasão de garimpeiros no território Yanomami. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61328546> > Acesso em 02/07/2022

⁴⁶ Funai proíbe equipe da Fiocruz de levar assistência aos Yanomami em meio à desnutrição, surto de malária e abandono do governo. Disponível em < <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/11/21/funai-proibe-equipe-da-fiocruz-de-levar-assistencia-aos-yanomami-em-meio-a-desnutricao-surto-de-malaria-e-abandono-do-governo.ghtml> > acesso em 02/07/2022

⁴⁷ STF. ADPF 347 MC, Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/09/2015. Publicação: 19/02/2016.....Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.



40. Davi Kopenawa e Bruce Albert⁴⁸ informam que os primeiros contatos com os brancos, em geral coletores de produtos florestais, viajantes estrangeiros, militares e agentes do Serviço de Proteção aos Índios foram esporádicos e ocorreram no começo de século XX. O contato regular começou na década de 60 do século passado. Foi, contudo, a década de 70 que os contatos se aceleraram devido a abertura de um trecho da rodovia perimetral norte; em 1987 teve início uma “corrida do ouro sem precedente”.

41. A invasão de garimpeiros, segundo os autores citados, foi “relativamente contida a partir de meados da década de 1990. Em 1991, a chamada “Operação Selva Livre” retirou da TIY cerca de 30% dos garimpeiros que haviam invadido a área indígena⁴⁹. É importante registrar que a FUNAI, juntamente com outras instituições, manteve o acompanhamento da situação⁵⁰.

42. A expansão do garimpo e de outras atividades proibidas na TIY, segundo Kopenawa e Albert foi retomada e acentuada nos últimos anos.

43. Como se viu, a FUNAI já manteve postura diversa da atual em relação à TIY, apesar de suas dificuldades em termos de força de trabalho e de recursos orçamentários. A própria existência da ADPF 709 é uma comprovação eloquente da atual política da FUNAI à toda evidência, contrária à legislação aplicável, inclusive à Constituição Federal.

44. O artigo 37 da Constituição Federal, em seus §§ 4º, 5º e 6º, estabelece os contornos da responsabilidade administrativa da União em relação a ações ou omissões culposas ou dolosas que tenham causado danos a terceiros⁵¹. No caso ora examinado, há danos a terceiros [POVO YANOMAMI], mas também há danos ao patrimônio público federal composto pela TIY, pelos recursos minerais e pelos rios da região⁵², que estão degradados.

45. Em relação aos danos aos bens de propriedade da União, uma vez apurados, deverá ser movido processo judicial para que o Estado seja ressarcido, sem prejuízo do processo administrativo disciplinar e do

⁴⁸ KOPENAWA, Davi e ALBERT, Bruce. A queda do céu. São Paulo. Companhia das letras. 1ª ed. 2015

⁴⁹ Disponível em < <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/198674> > acesso em 03/07/2022

⁵⁰ Disponível em < <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/YAD00489.pdf> > acesso em 03/07/2022

⁵¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁵² Constituição Federal. Art. 20. São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.



exercício do direito de regresso em relação aos servidores que, por ação ou omissão, desguarneceram o bem público constitucionalmente protegido. Nesta altura, sem que se faça juízo quanto à culpabilidade dos responsáveis pela administração da FUNAI e de outros órgãos públicos federais que deveriam atuar em conjunto com a Fundação, cumpre indagar sobre o resultado das apurações que eventualmente tenham sido encetadas pela CGU, pelo Departamento de Polícia Federal e pelo próprio Ministério Público Federal [MPF], haja vista a enorme repercussão dos fatos noticiados pela APIB, inclusive denúncias diretas feitas contra servidores da FUNAI.

3. REQUERIMENTO DA APIB E SUGESTÕES

46. No âmbito da ADPF 709, A APIB formulou uma ampla lista de requerimentos, em petição ao Sr. Ministro Roberto Barroso, com destaque para que se determine à União, emergencialmente: (a) A retomada de operações para a repressão ao garimpo ilegal na TIY, com especial destaque para as regiões do rio Uraricoera, Homoxi, Xitei, Parima, Apiaú, Rio Mucajaí e Couto Magalhães; (b) Medidas para reprimir a atuação do garimpo ilegal em Homoxi e Xitei, com a presença permanente de forças de segurança, a fim de impedir um ciclo violência na região e até que se garanta o restabelecimento da segurança dos indígenas e a retomada dos atendimentos de saúde; (c) A reativação da Base de Proteção Etnoambiental no rio Uraricoera; (d) Ações para a repressão do garimpo no entorno da Serra da Estrutura, garantindo a segurança dos grupos Yanomami em isolamento Moxihatëtêma; (e) Informe quais medidas estão sendo tomadas para controle do espaço aéreo na TIY; (f) Promova a destruição completa dos equipamentos e aeronaves utilizadas para a operação do garimpo ilegal na TI; (g) Realize o estrangulamento logístico que abastece os garimpos ilegais, por meio do bloqueio dos acessos fluviais nos rios Mucajaí, Uraricoera, Apiaú e Catrimani; (h) Indique e fiscalize todos os aeródromos privados localizados no entorno da TIY, informando se cumprem a legislação aplicável e quais medidas foram tomadas em relação aos aeródromos irregulares.

47. Os requerimentos de ofícios à Agência Nacional de Telecomunicação [ANATEL] e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis [ANP] foram atendidos pelo Sr. Ministro Relator e respondidos tecnicamente pelas agências.

48. As medidas em defesa das TI, conforme o disposto no artigo 25 da Lei nº 6.001/1973 podem ser tomadas por “qualquer dos Poderes da República”, *in verbis*:

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo



órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.⁵³

49. Se no regime constitucional de 1969 já havia uma ampla possibilidade de intervenção na defesa dos direitos dos povos indígenas, e de suas terras, com muito mais razão tais poderes permanecem vigentes na Carta de 1988 que, como se viu, é a que confere mais direitos aos povos indígenas.

50. Há, sobretudo, questões práticas para o *enforcement* das decisões judiciais que devem ser consideradas, sob pena de esvaziamento da própria autoridade da Corte. É célebre a dificuldade para a implementação da famosa decisão de *Brown v Board of Education* 347 US 483 (1954)⁵⁴ no qual foi banida a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos e que demorou anos para ser cumprida.

51. Assim, sem prejuízo da oportuna determinação das medidas necessárias para a cessação definitiva das atividades ilícitas na TIY, entende-se factível que o STF, como guardião da Constituição Federal, para reduzir danos graves decorrentes do estado inconstitucional de flagrante e permanente delito, praticado a céu aberto tanto contra os indígenas como contra o patrimônio da União, adote de imediato providências que, tradicionalmente, estão no âmbito próprio do Poder Judiciário, e cujo cumprimento por parte da Administração não pode ser retardado, sob pena de responsabilidade.

52. Veja-se o disposto no artigo 4º da Convenção 169 da OIT:

Artigo 4º

1. **Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.**

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

⁵³ No particular, veja o artigo 18 da Convenção 169 da OIT: Artigo 18 A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

⁵⁴ Disponível em < <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483> > acesso em 03/07/2022



53. Nesse sentido, inclusive, o Ministro relator já decidiu, em sede de tutela acautelatória da ADPF 709, sob análise, em relação tema da pandemia de COVID-19:

Ementa: Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. 1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. 2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial. Premissas da decisão 3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção. 4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil. 5. **A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.** Pedidos formulados 6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19. 7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes. Decisão cautelar Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de



representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão. **Quanto aos povos indígenas em geral 10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível.** Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, **sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão**, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato. 11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral. 12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão. 13. Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida. (ADPF 709 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020).

54. As TI são bens de propriedade da União e, portanto, cabe a União e seus prepostos por elas zelar. Os fatos indicam que várias agências públicas federais têm atuação relevante na área, tal como apontado pela APIB. Acrescente-se a (1) Agência Nacional de Aviação Civil [ANAC] e, em razão das embarcações que também circulam ilegalmente para apoiar a atividade nociva, o (2) Tribunal Marítimo e o (3) Cartório Marítimo.

55. Uma medida apropriada seria a expedição de ofício para tais instituições de forma que elas informassem a (1) a qualificação dos proprietários das embarcações e aeronaves que estão ilegalmente na TIY e que, de posse de tais informações fosse oficiado à Receita Federal para que se encaminhasse ao Ministro Relator as declarações de rendimentos dos indivíduos ou empresas responsáveis pelas embarcações e/ou aeronaves.

56. As medidas postuladas pelos indígenas em relação à **ANATEL** estão contempladas nos poderes tradicionais do Judiciário e, se existente condição técnica, deverão ser cumpridas, pois é nula de pleno direito a contratação, por não-indígenas, de serviços de fornecimento prestados em área de bem público da União



especialmente protegido, como as terras destinadas pela Constituição ao usufruto exclusivo dos indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições.

57. A prestação de Serviços de Comunicação Multimídia⁵⁵ a não-indígenas, no interior de terras destinadas ao usufruto exclusivo dos povos originários, é atividade essencialmente ligada à ocupação e exploração de local submetido a regime jurídico especial de proteção. Isso porque a mera presença de ocupantes não-indígenas infringe a ordem constitucional vigente. Toda a infraestrutura logística que viabiliza a presença clandestina participa da ocupação ilegal. Sobre esse tema, o art. 231, §6º, da Constituição de 1988, como fizera o art. 62, caput, do Estatuto do Índio, determina que:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

58. Importa notar que a referida nulidade não decorre do efetivo uso dos serviços de telecomunicação, mas se assenta no caráter ilícito da implantação da infraestrutura de rede em área protegida, para uso de ocupantes ilegais. Não há dúvidas de que os serviços servem como apoio a práticas ilícitas: em sua Petição n.º 32.244/2022, a APIB demonstra em detalhes como a internet permite que o garimpo ilegal se coordene para escapar aos raros atos fiscalizatórios. Contudo, para justificar a interrupção dos serviços no local protegido, não há sequer a necessidade de se averiguar a que fins os ocupantes ilegais destinam seu acesso à internet. Basta constatar a ilegalidade da implantação da infraestrutura em área de proteção.

59. Além de se amparar em dispositivos específicos das ordens constitucionais e legais vigentes, a proposta nulidade tem fundamento também no conceito de terra como “casa” dos indígenas, já discutido neste parecer. De fato, se as terras protegidas são o habitat de um povo, sua morada em sentido amplo, a prestação de Serviços de Comunicação Multimídia a não-indígenas, no interior da moradia alheia, constitui por si mesma uma forma vedada de invasão. Assim, assiste razão à APIB ao requerer que provedores atuantes em Roraima interrompam imediatamente os serviços que não se destinam a pontos que atendam aldeias, escolas e postos de saúde, bem como que se abstenham de fazer novas instalações em áreas que alcancem

⁵⁵ Regulados pela Resolução ANATEL nº 614, de 28 de maio de 2013, os quais abrangem a internet banda larga fixa.



o garimpo ilegal.

60. No caso da **ANP**, é perfeitamente legítima a postulação da APIB para que se exija a fiel observância da Resolução ANP n.º 18, de 26/7/2006⁵⁶. Para tanto, o órgão regulador deve ser instado a fiscalizar de forma rigorosa e periódica as distribuidoras e revendedoras de combustíveis que atuam no abastecimento de aeronaves que servem à atividade ilícita, a fim de verificar os registros previstos no art. 15 e 16 daquele regulamento, prestando contas trimestrais do resultado das diligências fiscalizatórias. Além disso, a ANP deve informar sobre as sanções aplicadas a distribuidoras e revendedoras que não cumpram a regulamentação aplicável, sob pena de multa cominatória e responsabilização pessoal dos dirigentes da agência.

61. A expedição de ofício à CGU e à Polícia Federal também são medidas perfeitamente adequadas, de forma que se apure, efetivamente, as responsabilidades de quem de direito, pelos fatos mencionados pela APIB. Em relação à CGU, cabe seja oficiado para que informe se tomou alguma medida em relação aos fatos narrados sobre a TIY e, se não o fez, que informe os motivos. E, por fim, há que ser estabelecido um Programa de Recuperação das Áreas Degradadas [PRAD] pelo (1) Instituto Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis [IBAMA], (2) Instituto Chico Mendes de Biodiversidade [ICMbio] e a própria (3) FUNAI, a ser custeado pelos servidores públicos, direta ou indiretamente, envolvidos nos danos ambientais causados ao patrimônio público de especial relevância para a dignidade existencial dos indígenas Yanomami e Ye'Kwana, diversidade cultural e para o meio ambiente, representado pela TIY.

Este é o parecer em relação às questões que foram formuladas pela Consultante.



Paulo de Bessa Antunes

OAB/RJ nº 35.719

⁵⁶ Resolução que regula o exercício da atividade de revenda de combustíveis a aviação.

