



Ofício AJur/CGY nº. 53/2021

À Coordenação-Geral de Licenciamento Ambiental da Fundação Nacional do Índio – CGLIC-FUNAI

Ao Exmo. Dr. Tiago Alzuguir Gutierrez, Procurador da República Em Santa Catarina

À Diretoria de Regularização Ambiental do Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA

Ref.: SEI FUNAI 08620.030286/2013-95

Assunto: Terras Indígenas Pindoty, Tarumã e Piraí; CI-PBA relativo aos impactos causados pelo empreendimento da BMW; Programa de Fortalecimento Cultural e suas previsões de construção de casas para moradia, casas de reza e casa cultural no âmbito do CI-PBA.

A **Comissão Guarani Yvyrupa (CGY)**, organização indígena autônoma, articuladora do povo guarani no Sul e do Sudeste do país, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o número 21.860.239/0001-01, correio eletrônico assessoriajuridica@yvyrupa.org.br, através de seus procuradores abaixo assinados (Anexo I), representando as comunidades guarani das Terras Indígenas Pindoty, Piraí e Tarumã (Anexo II), vem trazer ao conhecimento da Funai, do Ministério Público Federal (MPF) e do Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) informações e solicitações das referidas comunidades a respeito da devida execução do Componente Indígena do Plano Básico Ambiental relativo ao empreendimento da montadora BMW e, conseqüentemente, a respeito da proteção de seus direitos e garantias constitucionais.

Em síntese, trata-se da formulação e da execução do Componente Indígena do Plano Básico Ambiental (CI-PBA) relativo ao empreendimento da montadora BMW, objeto do procedimento administrativo SEI FUNAI 08620.030286/2013-95. A elaboração do CI-PBA foi finalizada em 2019, quando foi apresentado às comunidades e por elas aprovado. O CI-PBA aguarda envio, pela BMW, à Funai para sua aprovação.

i. Breve histórico sobre o processo licenciamento ambiental, elaboração de estudos de impacto com Componente Indígena e medidas mitigadoras e compensatórias contidas no CI-PBA

Cabe, de início, trazer um resumo parcial do histórico constante na Informação Técnica nº 51/2017/COEP/CGLIC/DPDS-FUNAI, de 2017, na qual a FUNAI informa:

“Trata-se de um processo de regularização, pois antes do primeiro contato com Coordenação-Geral de Licenciamento Ambiental, em outubro de 2013, o empreendimento já estava com a Licença Ambiental Prévia da Fatma (LAP Nº 8459/2013), de 27/09/2013. Posteriormente, foram emitidas as seguintes licenças: Licença Ambiental de Instalação (LAI Nº 10211/2013), de 13/11/2013; Licença Ambiental de Operação (LAO Nº 6375/2014), de 15/09/2014; e a Licença Ambiental de Operação (LAO Nº 5533/2016), de 27/08/2015.

A revisão desse componente indígena foi necessária devido a diversos problemas que aconteceram na primeira tentativa de sua regularização. Em resumo, a BMW contratou a empresa consultora NPVila, que chegou a protocolar na Funai quatro versões do Estudo do Componente Indígena do EIA/ECI e o Componente Indígena do Projeto Básico Ambiental/CI-PBA. Nenhum deles foi aprovado pela Cglic. Após esses problemas, a Cglic emitiu a Informação Técnica nº 185/15, de 13/08/2015, manifestando que como os produtos entregues não estavam satisfatórios, não haveria base técnica para a emissão da Segunda Licença de Operação da Montadora BMW (licença que foi emitida mesmo com esta conclusão da Funai).

O empreendedor então, por meio de mensagem eletrônica, comunicou à Cglic o distrato entre BMW-Brasil e a empresa consultora NPVila, e que nova empresa de consultoria seria contratada para dar continuidade ao componente indígena do licenciamento ambiental. Assim, a empresa consultora atual, Ecology Brasil, foi contratada para esta revisão do Estudo do Componente Indígena, cujo produto será analisado nesta Informação”.

O histórico do processo de licenciamento em questão é marcado, como se vê, pelo reiterado descaso em relação às garantias legais de consulta livre, prévia e informada e àquelas relativas ao componente indígena – em que pese a proximidade do empreendimento com as Terras Indígenas Piraí, Pindoty e Tarumã, cujas distâncias do empreendimento são, respectivamente, a 3,54 km, 3,12 km e 0,95 km. Tal descaso funda ilegalidades duradouras presentes no licenciamento ambiental, que deve, diferentemente das situações fáticas em questão, ocorrer em estrito respeito aos direitos socioambientais constitucionais indígenas, ao Decreto nº 7747/2012, à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT¹, à Resolução CONAMA nº 1/1986, à Resolução CONAMA Nº 237/1997, à Portaria Interministerial nº 419/2011, e à Portaria Interministerial nº 60/2015.

A partir da referida revisão do Estudo de Componente Indígena (ECI), foram identificados 5 impactos principais decorrentes do empreendimento: i) Aumento da Pressão Fundiária; ii) Aumento da pressão sobre os recursos naturais; iii) Psicossociais - Expectativas e receios; iv) Cerceamento aos Direitos Indígenas; v) Acessibilidade e exposição ao tráfego. Tal sistematização pautou-se em dados públicos, estudos, entrevistas e visitas a campo realizados pelos profissionais responsáveis pelo ECI. Nessas últimas, pôde ocorrer, como é imprescindível no caso de todo e qualquer ECI ou CI-PBA, diálogo aprofundado com as comunidades guarani afetadas, que relataram à equipe responsável por tal elaboração 60 adversidades, indicadores concretos de tais impactos. Cada um dos impactos teve explicada sua cadeia de procedência, apresentada sua descrição, explicitada a perspectiva das comunidades guarani, e listadas as

¹ Internalizada através do Decreto nº 5.051/2004 e atualmente em vigor nos termos do Decreto nº 10.088/2019.

medidas recomendadas para sua possível compensação, as quais foram organizadas através de cinco programas: i) de Gestão e Articulação; ii) de Comunicação; iii) de Gestão Territorial e Ambiental; iv) de Fortalecimento cultural e v) de Etnossustentabilidade. Tais medidas e programas foram incluídos no CI-PBA que foi apresentado e aprovado pelas comunidades impactadas em 2019, mas que pende de apresentação formal à Funai, que urge ser feita pela empreendedora, e pende, conseqüentemente, de aprovação pela autarquia.

Os impactos "i", "ii", "iii" e "iv" tiveram diversas medidas recomendadas para sua compensação, diversas entre si, mas houve um conjunto delas em específico que foi recomendado no caso dos quatro impactos identificados: "medidas que favoreçam os modos de vida tradicional Guarani, com o intuito de fortalecimento da cultural diante de fortes pressões sobre sua cultura e território – Programa de Fortalecimento Cultural". O Programa de Fortalecimento Cultural, por sua vez, inclui como ações as construções de 43 casas para moradia, 7 casas de reza e 1 casa cultural. As medidas recomendadas para compensar o impacto "ii", Aumento da Pressão sobre Recursos Naturais, ainda incluía, para além da menção ao Programa de Fortalecimento Cultural, "medidas de apoio para infraestrutura nas aldeias (como moradias, Casa de Reza – Opy e Centro Cultural), respeitando-se os padrões e formas construtivas Guarani (bioconstrução e sistemas de mutirão)". Dá-se foco a essas medidas no momento pois é sobre elas que incide um impasse colocado, nos autos do procedimento administrativo SEI FUNAI 08620.030286/2013-95, exclusivamente pela empreendedora, como será demonstrado no tópico posterior.

Antes, é necessário passar brevemente pelos detalhamentos dos impactos i, ii, iii e iv. Quanto ao impacto "i", o Aumento da Pressão Fundiária, a cadeia de procedência apontou que "as intervenções inerentes a este impacto são a dinamização econômica e o processo de licenciamento, sinergicamente responsáveis por potenciais alterações nas terras e aldeias indígenas, recursos naturais, território de uso, qualidade de vida, ao direito indígena e mobilização cultural". Em seguida, seguem alguns trechos que compõem a descrição desse impacto:

"A gestão pública do município de Araquari vem concedendo, desde 2010, a isenção para vários tributos municipais relacionados (direta ou indiretamente) com as

obras de implantação do empreendimento, como ISS, IPTU, ITBI e outras taxas municipais e mais carência de 15 anos para alíquota mínima de ISS de 2% relacionada a operação da Fábrica na cidade. Tais incentivos foram expedidos pelo Decreto Municipal nº 37/2013, emitido exclusivamente para este empreendedor.

Adicionalmente, acompanhando a expectativa de crescimento municipal, a gestão pública de Araquari promoveu, em 2012, a reformulação do Plano Diretor Participativo de Desenvolvimento Territorial de Araquari (Araquari, Lei Complementar nº 50/2006), visando acomodar em zona específica, as atividades das indústrias que já se encontravam instaladas na região dos mais diversos segmentos econômicos e criando foco para a cadeia industrial automobilística.

Até 2012, o local da atual Montadora, partilhava duas Zonas, a Zona de Produção Primária (ZPRI) e Zona de Uso Sustentável (ZUS), a primeira destinada aos usos agropecuários, extrativistas, silvicultura, ecoturismo e turismo rural, dentre outros similares, e a segunda, ao norte do terreno, destinada ao uso sustentável de recursos naturais, a preservação de mananciais e a conservação da flora e da fauna (Araquari, Lei Complementar nº 50/2006). A partir de 2012, estas zonas foram remodeladas para acomodar o Corredor Industrial Automobilístico (CIA), a Zona de Produção Industrial Automobilística (ZPIA), e ao norte da Fábrica, a Zonas de Produção Industrial (ZPIND), alterando a função dos terrenos localizados no entorno da rodovia BR-101 (Lei Complementar nº 142, de 27 de agosto de 2012), estabelecendo novo uso para atrair e acomodar grandes plantas de logística ou industriais, tal como a BMW aqui em estudo.

(...)

A evolução desta dinamização econômica, distribuída segundo o EIA/RIMA em toda Área de Influência Direta - AID é acompanhada localmente pela atração pelo poder público, de grandes plantas industriais, repercutindo no valor das terras e no remodelamento fundiário. Se esta dinâmica econômica se expressa como favorável à economia municipal, condição evidenciada pelas notícias de super-valorização da terra e aumento do PIB, verifica-se que repercute negativamente sobre a ocupação tradicional Guarani, medida pelo aumento das pressões fundiárias, políticas, midiáticas e judiciais sobre as tentativas de estabelecimento da TI."

Quanto ao impacto "ii", Aumento da Pressão sobre Recursos Naturais, é necessário recuperar que ele foi evidenciado por "dificuldades [por parte das comunidades guarani] em encontrar materiais para construção de casas tradicionais e fabricação de artesanatos, devido ao avanço da alteração ambiental na região, dentro e fora das TIs. Somam-se ainda a insegurança pela ocorrência de crimes ambientais dentro das TIs, crescente na região, como a sobreposição de cercas nos limites definidos e a terraplanagem."

Como indicadores do impacto "iii", Psicossociais - Expectativas e receios, foram relatadas, por exemplo: mudanças de famílias, dentro da Terra Indígena Pindoty, em função do aumento de degradação e movimentação de não indígenas no entorno da aldeia, a mais próxima do empreendimento em estudo; e o fortalecimento de pressão fundiária sobre as TI. Sobre o impacto "iv", Cerceamento aos Direitos Indígenas, foram devidamente indicados as seguintes situações, consideradas pelas comunidades guarani graves e causadoras de prejuízos duradouros: "Publicação do EIA sem consulta à comunidade indígena; Publicação do EIA sem a realização do Estudo do Componente Indígena; Estabelecimento de canteiro de obras sem ECI nas proximidades de TI Tarumã; Diminuição de recursos naturais de caça, pesca, matéria de construção de casas e remédios; Publicação do PBA sem a realização do Estudo do Componente Indígena; Início da operação do empreendimento sem a consulta à comunidade indígena".

Na já citada Informação Técnica nº 51/2017/COEP/CGLIC/DPDS-FUNAI, a Funai concluiu que "[o] Estudo do Componente Indígena do licenciamento ambiental da Montadora BMW apresentado atende todos os itens do Termo de Referência e pode ser considerado um modelo para posteriores estudos, ainda mais considerando as dificuldades deste processo".

II. Do Ofício BMW: AK-42-BR 119/2020 e da improcedência de seu teor

Em resposta ao ofício 304/2020/DPT/FUNAI, referente ao ECI, a BMW, através do Ofício BMW: AK-42-BR 119/2020, afirma que da instalação do empreendimento decorreu apenas um **único impacto direto**, que "foi objeto de medida

compensatória, implementada com o aceite das comunidades indígenas, que consistiu em ações emergenciais de melhorias dos acessos e drenagens da região". A empresa afirma que, "quanto aos impactos indiretos a serem mitigados ou compensados, pende a discussão e aprovação do PBA referente ao empreendimento da BMW, para implementação das medidas e programas a serem nele detalhados", mas que **"eles não poderiam contemplar a construção de casas ou outras edificações"**. Então, a BMW apresenta alguns argumentos a fim de sustentar a impossibilidade da execução do Programa que inclui edificações, quais sejam, casas para moradia, casas de reza e casa de cultura.

II.a

De início, a empresa alega que a construção de casas não pode ser realizada no âmbito do plano de compensação, pois, segundo a empresa, essa seria uma **atribuição do poder público** e que "essa eventual carência das comunidades indígenas não decorre da instalação do empreendimento".

Ora, a existência de atribuições de atores públicos em relação a demandas pelas garantias de direitos fundamentais indígenas não invalida a obrigação legal do empreendedor de cumprir com as medidas mitigatórias e compensatórias dos danos causados ao território tradicional guarani, como parte integrante e indispensável do licenciamento ambiental que lhe permite funcionamento.

Vê-se que o empreendimento opera desde 2014, sem que tenham sido garantidas às comunidades indígenas a execução de medidas necessárias e aptas a compensar e mitigar os danos já em curso há anos, que impactam diretamente seu território, suas possibilidades de existência e seu modo de vida.

Na medida em que a instalação e operação do empreendimento está diretamente relacionada às transformações na região, que incluem forte pressão fundiária, um recrudescimento do ambiente social em relação aos indígenas, o aumento da densidade populacional que não têm se refletido em uma maior oferta de serviços essenciais a serem promovidos por políticas públicas, bem como aumento da pressão sobre os recursos naturais existentes no local – elementos esses que constituem de modo particular a cosmologia guarani e com os quais os quais o povo guarani mantém vínculos espirituais essenciais à vida de suas

comunidades –, as medidas constantes do Programa de Fortalecimento Cultural não só podem, como devem, ser devidamente cumpridas pelo empreendedor, como parte das ações aptas a garantir mitigação dos danos e compensação dos impactos do empreendimento sobre o modo de vida tradicional indígena.

Também vale observar que, ao contrário do que é sugerido no Ofício, nem o texto do dispositivo constitucional (art. 23, XI, CF) apontado pela BMW, nem qualquer interpretação plausível que possa ser feita a partir dele, impede que atores além da "União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" se engajem na promoção de "programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico". O que o referido artigo faz é frisar que, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nenhum deles está excluído de tal papel, cujo desempenho não é, no entanto, proibido a atores privados como a BMW, quanto mais em casos em que a empreendedora tem o dever de compensar impactos por ela causados à comunidades indígenas – direta ou indiretamente –, cabendo o apontamento dos impactos e das medidas compensatórias necessárias a quem dele estiver encarregado. A encarregada, neste caso, é a Ecology Brasil.

II.b

Em seguida, a BMW afirma que "programas de construção de moradias são **medidas desproporcionais aos impactos efetivamente criados pelo empreendimento**", buscando fortalecer tal argumento ao alegar que quatro dos cinco impactos principais listados no ECI são de natureza indireta e "relevância média ou baixa".

Então, a BMW alega que o único impacto de natureza direta seria o de **cerceamento ao direito de prévia e livre consulta das comunidades**, em relação à condução do processo de licenciamento ambiental e a ausência de ECI ao longo do mesmo. A empresa argumenta que tal impacto não tem relação alguma com as medidas previstas de construção de moradia, mas tão somente com aquelas fomentadoras comunicação, capacidade de articulação e fortalecimento cultural.

Mas é latente, em primeiro lugar, a inadequação presente na separação arbitrária entre impactos diretos ou indiretos do empreendimentos, buscando levar ao entendimento de que os impactos indiretos implicariam em uma menor responsabilidade por parte da empreendedora causadora dos mesmos. Tal inadequação não pode servir para inviabilizar medidas fundamentais para a mitigação e eventual compensação dos impactos.

Impactos considerados “diretos” ou “indiretos” devem considerar os usos e costumes do grupos envolvidos e, do mesmo modo, a caracterização de impactos “primários” e “secundários” não pode invisibilizar o fato de que um impacto enquadrado como secundário pode ter igual ou maior magnitude que o primário. Todas essas identificações devem ser feitas no âmbito de estudos de impacto qualificados, como de fato foi feito no caso concreto. Se tal complexidade não existisse, não precisaria haver – como há – na legislação brasileira um cuidado minucioso com procedimentos de licenciamento ambiental, sobretudo em relação àqueles relativos a empreendimentos que impactem direta ou indiretamente terra indígenas. Se tais complexidades são simplificadas pelas vias de um crivo arbitrário e desqualificado, direitos fundamentais constitucionais socioambientais são solapados. No entanto, dispositivos como os dos arts. 225 e 231, da Constituição Federal, o Decreto nº 7747/2012, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a Resolução CONAMA nº 001/1986, a Resolução CONAMA Nº 237/1997, a Portaria Interministerial nº 419/2011 e a Portaria Interministerial nº 60/2015 não permitem que tais simplificações isentas de legitimidade técnica ou jurídica sejam feitas.

No presente caso, um primeiro ECI foi feito em 2014 e, posteriormente complementado por outro, em 2016. E foi tão somente a partir de tais estudos que foi possível a elaboração do CI-PBA em questão. Como todos os programas que integram o CI-PBA que atualmente pende de protocolo pela empreendedora e de análise pela Funai, o Programa de Fortalecimento Cultural, que prevê a construção de 43 casas para moradia, 7 casas de reza e 1 casa cultural, não é um reflexo de quaisquer caprichos, cobranças infundadas ou pretensões ilegítimas das comunidades guarani: é apenas o reflexo de impactos reais e severos – sejam eles diretos ou indiretos – causados pelo empreendimento, os quais devem ser controlados e compensados pelo respectivo CI-PBA.

Além disso, é evidente que **a grave ofensa ao direito de consulta livre, prévia e informada das comunidades**, nos termos da Convenção 169/OIT, não existe apenas em um plano abstrato, mas produziu e continua a produzir consequências devastadoras para a segurança territorial das

comunidades impactadas, como já foi fartamente demonstrado nos estudos de Componente Indígena. Conforme exposto, antes mesmo do primeiro contato com Coordenação-Geral de Licenciamento Ambiental, em outubro de 2013, o empreendimento já contava com Licença Ambiental Prévia emitida pela então FATMA (atual IMA) (LAP N° 8459/2013). As comunidades não souberam sobre o projeto de empreendimento através de qualquer Consulta Livre, Prévia e Informada, como exige a Convenção n° 169/OIT em seu art. 6º, que prevê a necessária consulta dos 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".

Ao contrário, a ciência sobre o empreendimento deu-se, em 2013, com a percepção da presença de trabalhadores e retroescavadeiras no terreno em que posteriormente o empreendimento foi instalado, e com notícias veiculadas na mídia. Tal movimentação, bem como a busca dificultosa – feita pelas comunidades guarani, MPF e Funai – por informações a respeito do empreendimento e dos danos que ele poderia causar às terras e comunidades em questão, está demonstrada nos autos do procedimento administrativo em epígrafe.

Juntadas ao procedimento administrativo em questão, há cartas das lideranças indígenas informando sobre urgência da execução do CI-PBA pois, como informa carta de 05 de março de 2020, endereçada ao MPF, “os impactos do empreendimento se acumulam a cada dia que passa”, enquanto esperam. Na mesma carta, as lideranças solicitam “agilidade das autoridades responsáveis pela liberação da execução do PBA-I nas Terras Indígenas, sendo que as comunidades aguardam as medidas para impedir o avanço dos impactos sobre nossas aldeias” (Anexo III).

A pressão imobiliária e o aumento nas invasões das terras indígenas estão diretamente ligadas à ausência de consulta livre prévia e informada, sem a qual medidas mitigadoras não puderam ser implantadas, restando às comunidades a alternativa de lidarem, sem informações e sem o apoio necessário, com os impactos fundiários do empreendimento. Tais dinâmicas afetam, evidentemente, as dinâmicas e possibilidades de habitação no interior das Terras Indígenas. Como exemplo, há de se lembrar do deslocamento da comunidade da Aldeia Tarumã, que, em função do aumento de degradação e movimentação de não indígenas no entorno da aldeia, a mais próxima do empreendimento, precisou fixar-se mais ao interior da TI Tarumã, na atual Aldeia Tarumã Mirim. De todo modo, é certo que não faltam, no âmbito do referido

procedimento administrativo, estudos qualificados e capazes de demonstrar que tal impacto direto, bem como os impactos indiretos, tem, dentre as medidas compensatórias necessárias, a construção de moradias, casas de reza e casas culturais, voltadas ao fortalecimento cultural.

III. c

Seguindo, a BMW argumenta que, mesmo que o PBA referente ao empreendimento previsse construções como medidas compensatórias, a empresa ficaria impossibilitada de realizar tais ações em decorrência de **litígios fundiários** existentes em relação às Terras indígenas, e menciona manifestação da Funai em ação judicial para reforçar a alegada impossibilidade de quaisquer “modificações” nas terras indígenas em litígio. Note-se que tal argumento, conforme a BMW, supostamente ocorreria do disposto no **art. 77, VI, do Código de Processo Civil**. A empresa alega que, diante de tal dispositivo, a "FUNAI, como parte nos processos que discutem a ocupação das Terras Indígenas, não poderia adotar medidas que alterem tais bens – tais como a exigência de implementação de PBA que implique edificações e outras intervenções sobre tais terras".

Ainda, a BMW afirma que "as terras ocupadas pela aldeia Pindoty não mais possuem a qualificação de Terras Indígenas reconhecidas por ocupação tradicional, nos termos do artigo 231, da Constituição Federal" e que "[t]al condição, não só impede a tomada de qualquer providência pela BMW na Terra Indígena Pindoty, como demonstra o enorme risco de se implementar medidas de caráter definitivo em terras cuja ocupação se dá por meio de decisões temporárias".

No entanto, eis o texto do CPC:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Ou seja, o dispositivo do art. 77, VI, CPC, refere-se tão somente a modificações ilegais, o que evidentemente não é o caso das "inovações", como as referidas construções que decorrem da execução de um CI-PBA, que, aliás, é no caso concreto, o único instrumento capaz de viabilizar uma situação de legalidade.

Nesse mesmo sentido, vale atentar para a afirmação da possibilidade de execução das ações elencadas no Programa de Fortalecimento Cultural trazida pela Funai, na Informação Técnica nº 176/2020/COTRAM/CGLIC/DPDS-FUNAI: "esta Nota entende que permanecem válidas as conclusões da Nota 00006/2018/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGE/AGU, no sentido de que afirma que **inexiste impedimento para a execução das medidas de compensação ambiental por parte da empresa BMW-Brasil**, devendo haver o juízo de conveniência em se proceder tais edificações. Essa situação só se alteraria caso houvesse provimento definitivo pela anulação das portarias das Terras Indígenas Tarumã, Pindoty e Pirai e o não reconhecimento da ocupação tradicional, o que não ocorreu até o presente momento".

Ainda, é fundamental, com a devida atenção, corrigir as afirmações que fazem uma interpretação equivocada do art. 231 da Constituição Federal, pois encontra-se nele o principal fundamento dos direitos e deveres envolvidos no CI-PBA. O caráter originário das terras indígenas é constitucionalmente positivado pelo art. 231 e evoca a Teoria do Indigenato, reconhecida e utilizada historicamente pela jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal. Essa teoria, desenvolvida por João Mendes Júnior no início do século XX, considera o **direito à territorialidade indígena como congênito, isto é, um direito inato, significando, portanto, que o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas é anterior à própria criação do Estado brasileiro, devendo este último apenas demarcar e declarar os limites espaciais deste território**. Acerca de tal entendimento, a Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia afirmou, em voto presente nos autos da Ação Cível Originária 362/MT, o que segue:

No voto que proferi no 'caso Raposa-Serra do Sol' (Pet n. 3.388, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe 24.9.2009), observei que, embora as Constituições brasileiras somente tenham cuidado, especificamente, do tema referente aos direitos dos indígenas desde 1934, a matéria foi objeto de legislação antes mesmo da formação do Estado brasileiro, como demonstra a lição de João Mendes Júnior em seu trabalho "Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos" (São Paulo: Typ. Hennies,

Irmãos, 1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680 a origem do indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.

(...)

No julgamento da Ação Cível Originária n. 469, iniciado em 15.5.2002, o então Relator, Ministro Ilmar Galvão, demonstrou que as terras de posse permanente dos indígenas não passaram ao domínio dos Estados como terras devolutas.

Lembrou aquele Ministro que, no Brasil, o domínio privado derivou do público “por meio de grandes doações territoriais”, tendo sido a Lei de Terras (Lei n. 601, de 18.9.1850) regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 30.01.1854, ao distinguir glebas não ocupadas daquelas particulares e de uso governamental e na qual inicialmente se dispôs sobre as terras devolutas do Império.

Por exclusão, foram consideradas devolutas terras que não se acharem no domínio particular, por efeito de qualquer título legítimo” e as não “havidas por sesmarias e outras concessões do Governo”. Entre as terras concedidas pela União, mesmo antes da Lei n. 601, de 1850, incluíam-se as ocupadas pelos índios, não consideradas, portanto, terras devolutas.

Desde 1680, o alvará que tratava das sesmarias concedidas pela Coroa (1º.4.1680) reconhecia e ressaltava o senhorio “primário e natural” dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas.

Posteriormente, a chamada Lei Pombalina, de 1755, na linha do estabelecido pelo Alvará de 1º.4.1680, aprimorou sensivelmente a tutela legal dos direitos indígenas, por ordem da Coroa portuguesa, entre os quais o de “inteiro domínio e pacífica posse das terras ... para gozarem delas por si e todos seus herdeiros”.

*Tanto se manteve reconhecido pelo Príncipe Regente Dom Pedro, na consagração do **indigenato**. Esse, diversamente da ocupação, não se sujeitava à legitimação, “visto cuidar-se de título congênito, ao passo que a ocupação era título adquirido”:*

(...)

Trata-se, aí, da figura do indigenato que, diferentemente da ocupação, não estava sujeita a legitimação, visto cuidar-se de título congênito, ao passo que a ocupação era título adquirido, como esclarece João Mendes Júnior (in ‘Os Indígenas do Brasil e seus Direitos’, SP, 1912, p. 58).

(ACO n. 362 Mato Grosso, voto da Ministra Cármen Lúcia, Sessão de 16/08/2017). (grifos nossos).

Diante do trecho de voto acima transcrito, vê-se que o instituto do Indigenato consolida a noção de que povos indígenas têm direito originário às suas terras, não podendo ser submetidas às complexas dinâmicas de territorialidades indígenas ao mero conceito civilista de posse, regidos por costumes e instituições não indígenas. Do voto expresso, depreende-se ainda que, da teoria do Indigenato, foram extraídas as bases do entendimento presente na Constituição Federal de 1988 acerca do direito à demarcação de terras indígenas. Assim, **os direitos territoriais imprescritíveis que vinculam, também no âmbito jurídico, o povos originários aos seus territórios tradicionais são, ao mesmo tempo, firmados pela Constituição e anteriores a ela – disto decorrem o caráter não constitutivo de direito, mas meramente declaratório dos atos oficiais de demarcação**, e a noção de que toda comunidade indígena, antes mesmo de qualquer declaração, já detém o direito de habitar a terra de seu povo, permanentemente.

No mesmo sentido do voto da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia nos autos da ACO 362, há a doutrina jurista José Afonso da Silva, segundo a qual:

O indigenato não se confunde com a mera posse. É um direito congênito, enquanto a mera ocupação é título adquirido (indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação possessória depende de requisitos que a legitimem (...)) só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, como título de aquisição, só pode ter objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono²

De modo a fazer abandonar de vez, no diálogo da empreendedora com estas comunidades e com os órgãos licenciadores e de fiscalização, o argumento segundo o qual haveria uma suposta fragilidade no caráter tradicional das Terras Indígenas impactadas, cabe trazer o voto do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, presente nos autos da mesma Ação Cível

² Silva, José Afonso da. “Autoaplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal”. Boletim Jurídico da Comissão Pro-Índio de São Paulo, ano 1, 1984, n. 3, pp. 3-9.

Originária 362/MT, no qual o Ministro lembrou que o processo histórico de expulsão dos povos indígenas de seus territórios impacta as possibilidades de presença nessas áreas, mas não a tradicionalidade de seu território, pois a territorialidade não se condiciona à presença destes povos na terras, sendo o direito territorial indígena tido como perdido apenas em caso de desocupação voluntária, senão veja-se:

Deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650.

Nessa mesma matéria, tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.

(ACO n. 366 Mato Grosso, voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Sessão de 16/08/2017). (grifos nossos).

A jurisprudência que corrobora com os votos e a doutrina trazidos acima é farta e evidencia que entendimento jurídico doutrinário consolidado acerca dos direitos territoriais indígenas baseia-se no instituto jurídico do indigenato, como dito acima, que afirma o **direito originário** dos povos indígenas aos seus territórios de ocupação tradicional. Parafraseando Mendes Junior³, o reconhecimento do direito congênito dos povos indígenas sobre suas terras, trazido na Constituição Federal de 1988, se sobrepõe a qualquer outro direito positivado no Brasil. Sendo assim, não procede a alegação que atrela a suposta impossibilidade de execução de

³ MENDES JÚNIOR, João. *Os Indígenas do Brasil seus Direitos Individuais e Políticos*, SP, Typ. Hennies Irmãos, 1912.

medidas comprovadamente aptas a compensar impactos causados pelo empreendimento à suposta fragilidade dos direitos territoriais indígenas sobre as áreas impactadas.

III. d

Por fim, a BMW alega que as medidas de "construções de moradias, casas de reza e centros culturais" não podem ser realizadas por **estarem contempladas no CI-PBA do Dnit**, que abrange todas as terras indígenas afetadas pelo empreendimento BMW. A empresa conclui que o CI-PBA paralelo dispensaria a execução dessas medidas pela BMW.

Vale mencionar, quanto a esse ponto, que o Estudo de Componente Indígena realizado para o empreendimento em tela identificou a existência de inúmeros empreendimentos nessa mesma região, todos geradores de impactos diversos ao território tradicional indígena. Como se sabe, os efeitos danosos de empreendimentos localizados em uma mesma região operam de forma cumulada, de modo que as terras indígenas são exponencialmente impactadas à medida que essas atividades se somam. E, é importante reforçar, o estudo identificou ser a BMW ator principal neste processo de geração de impactos ao território, conforme consta Informação Técnica nº 51/2017/COEP/CGLIC/DPDS-FUNAI, por meio da qual a Funai analisa o ECI:

De todos os problemas encontrados, o maior responsável pelos impactos socioambientais sentidos pelos Guarani é o processo de instalação de indústrias no município de Araquari, configurando a região como um pólo industrial da região de Joinville. Essas indústrias intensificam a especulação imobiliária no entorno das TIs e aquecem a economia local, atraindo mais indústrias, serviços e população. E a BMW é o principal ator nesse processo de industrialização.

Diante da cumulação de efeitos danosos e potencialmente irreversíveis ao seu modo de vida tradicional, aumenta a preocupação da comunidade em relação aos riscos gerados, bem como amplia-se a necessidade da devida garantia do componente indígena para cada uma das atividades – ou seja, para todas, de forma cumulada. O fato de constar a previsão de realização de medidas semelhantes em CI-PBAs diversos apenas evidencia a gravidade dos impactos

gerados ao território e às comunidades indígenas, em relação aos quais tornam-se mais urgentes e necessárias as medidas a serem cumpridas, e não o contrário.

Atestando essa urgência, os caciques e as lideranças das Terras Indígenas Piraí, Tarumã e Pindoty, reunidos no dia 10 de junho para dialogar sobre o Componente Indígena em questão, redigiram carta endereçada aos servidores da CGLIC-Funai, Sra. Carla Fonseca e Sr. Gedeon Garcia, e ao Procurador da República em Santa Catarina, Dr. Tiago Gutierrez, e valem-se do presente ofício para encaminhá-la (Anexo IV). Na carta, os signatários solicitam, em primeiro lugar, que a BMW finalmente proceda ao protocolo do CI-PBA que, com seus Programas detalhados, foi apresentado às comunidades guarani, à própria empreendedora e à Funai no dia 26 de setembro de 2019. Os caciques e lideranças frisam que, nessa ocasião, a apresentação contou com o compromisso de que a BMW encaminharia formalmente o PBA para análise da CGLIC-Funai. Passados quase dois anos desde então, solicitam que a BMW realize o protocolo dentro de 7 dias. Solicitam também, ao MPF, que, caso a versão do CI-PBA apresentada e aprovada em 2019 não seja apresentada, sejam tomadas as medidas cabíveis. Em seguida, na carta, solicitam à Funai que, desde já, seja agendada reunião para que, nos termos da Convenção 169 da OIT, as comunidades impactadas sejam consultadas para planejar o início das atividades contidas no CI-PBA.

Se os impactos produzidos pelo empreendimento não pudessem ser compensados, como o Ofício BMW: AK-42-BR 119/2020 implicitamente alega – ainda que ao negar parte importante do que foi tecnicamente demonstrado no ECI –, **haveria de concluir-se por sua inviabilidade**. Tal análise de viabilidade deveria, inequivocamente, de acordo com a legislação já citada, ter precedido a Licença Prévia emitida em 2013, o que não ocorreu. Cumpre apontar que, quando da emissão irregular – pois carente de realização de ECI e elaboração de CI-PBA adequado para viabilizar as medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos decorrentes do empreendimento caso esse fosse previamente demonstrado viável – da referida Licença Prévia, as Terras Tarumã, Piraí e Pindoty já contavam, respectivamente, com a Portaria MJ nº 2.747, de 20/08/29, a Portaria MJ nº 2.907, de 01/09/09 e a Portaria MJ nº 953/10, as quais permanecem válidas.

Frisar a existência e a validade das Portarias Declaratórias mostra-se relevante ainda que, conforme demonstrado, e conforme obriga reconhecer sentença já transitada em julgado (Anexo V - Ação Civil Pública nº 2002.72.01.002869-1)⁴, a necessidade de ECI e execução de CI-PBA como condicionantes para a emissão de licenças para o empreendimento não dependa de tais Portarias.

IV. Das licenças ambientais e da necessária execução do CI-PBA como condicionante para as mesmas

Tomando por base a já citada legislação que regula os processos de licenciamento ambiental e de elaboração de seu Componente Indígena, é evidente que não cabe ao empreendedor definir, sem competência para tanto e em contrariedade aos estudos técnicos produzidos, quais são os impactos decorrentes das instalação e operação do empreendimento, nem julgar quais Programas para lidar com os mesmos são válidos ou não. Tal tarefa cabe tão somente aos profissionais com a qualificação necessária, tanto no âmbito do ECI já realizado quanto no âmbito do CI-PBA. No caso do CI-PBA, que funda-se nas informações trazidas no ECI, se é indicado que as medidas que compõem os Programas são aptas a compensar, mitigar e controlar os impactos causados pelo empreendimento, não dependerá do empreendedor a avaliação sobre serem ou não tais medidas proporcionais e adequadas para compensar impactos. Tal avaliação deve ser feita pelas comunidades – que já aprovaram o CI-PBA apresentado em 2019 – e pela Funai, mas, para isso, é evidente a necessidade de que o CI-PBA seja formalmente apresentado à Funai.

O CI-PBA e o ECI são documentos centrais e norteadores para que possa ocorrer o controle dos impactos de um empreendimento sob a ótica do componente indígena. Apenas com esses elementos é possível que um empreendimento que impacta uma Terra Indígena funcione

⁴O Juízo Federal da 2ª VF de Joinville condenou as rés União e Funai a, "solidariamente, dentro de suas respectivas atribuições, em obrigação de fazer, consistente em identificar e demarcar todas as terras indígenas dos índios Guarani situadas nos municípios pertencentes à jurisdição desta Subseção Judiciária, nos termos do Decreto nº 1.775/96", e "na eventualidade da FUNAI concluir pela inexistência de tradicionalidade das terras ou alguma(s) delas atualmente ocupadas pelas comunidades de índios Guarani nesta região, em obrigação de fazer, consistente em criar reserva(s) indígena(s), na forma dos artigos 26 e 27 da Lei nº 6.001/73". No caso, a Funai procedeu à identificação e delimitação das Terras Indígenas Morro Alto, Pindoty, Pirai e Tarumã, tendo sido reconhecida a tradicionalidade das terras nos quatro casos, nos termos do art. 231, CF, e do Decreto nº 1.775/96.

legalmente. O Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (antiga FATMA), nos casos em que há possíveis impactos sobre terras indígenas, deve consultar a Funai, que passa a atuar como órgão interveniente, integrante e necessário no processo de licenciamento ambiental.

A Funai, como órgão indigenista oficial, tem a obrigação de se manifestar em todo e qualquer licenciamento que possa afetar as terras e os povos indígenas, seja essa afetação de ordem ambiental, social ou cultural. Com tal manifestação, a Funai deve cumprir seu papel constitucional, legal e estatutário de assegurar a proteção das Terras Indígenas e suas comunidades, estabelecer diretrizes para tanto, analisar os estudos de impacto e CI-PBA em questão, garantir a participação das comunidades indígenas durante todo o processo de licenciamento, entre outros.

As informações e diretrizes obtidas pelo órgão licenciador junto à Funai, que deverá ter garantido a efetiva participação das comunidades indígenas na elaboração de tais informações e diretrizes, **devem ser incorporadas a todas as etapas de licenciamento**. Nas Licenças Prévia, de Instalação e de Operação do empreendimento, devem constar as informações relativas aos estudos e consultas relativos ao Componente Indígena, incluindo as condicionantes deles derivadas. **Desse modo, se as licenças ambientais são emitidas sem a devida inserção do Componente Indígena enquanto condicionante em seu conteúdo, elas são incompletas, ilegais e inválidas, pois descumpridoras da legislação ambiental e indigenista nacional, que tem caráter constitucional e fundamental.** É esse o cenário a ser caracterizado como juridicamente, ambientalmente e socialmente inviável, e não o de apresentação, aprovação e execução do CI-PBA que contém a previsão de construção de casas para habitação, casas de reza e casa de cultura e já foi apresentado às comunidades indígenas em 2019, inclusive na presença de representantes da BMW, porém foi ainda não apresentado formalmente à Funai pela empreendedora nos autos do procedimento administrativo SEI FUNAI 08620.030286/2013-95.

Além de reiterar as solicitações já constantes na carta assinada pelos caciques e lideranças no dia 10 de junho de 2021, trazida no Anexo IV do presente ofício, **pelo exposto, solicitamos, respeitosamente:**

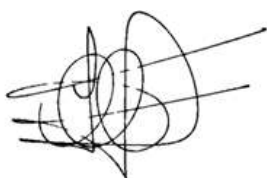
- a) A atuação diligente da Fundação Nacional do Índio e do Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina, sob acompanhamento do Ministério Público Federal, para que seja

garantido o cumprimento das medidas que compõem os Programas do CI-PBA – elaborados por consultoria especializada, com base em estudos técnicos, e com a participação das comunidades impactadas –, sobretudo, e com urgência, aquelas contidas no Programa de Fortalecimento Cultural e preveem a construção de 43 casas para habitação, 7 casas de reza e 1 casa de cultura, medidas essas aptas, em conjunto com os demais Programas do CI-PBA, a compensar, mitigar e controlar os impactos causados pelo empreendimento ao território tradicional indígena, não cabendo à empreendedora decidir sobre a conveniência ou não de sua execução.

- b) Que o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina forneça às comunidades indígenas, por sua entidade representativa Comissão Guarani Yvyrupa, à Funai e ao Ministério Público Federal explicações sobre a sistemática do licenciamento do empreendimento, contemplando, em especial: o fato de que o PBA não é sequer citado nas duas Licenças de Instalação ativas (Nº 3525/2020 e Nº 3770/2016); o fato de que a Licença de Operação ativa (Nº 2053/2019) menciona a execução do PBA como condição específica para a licença, mas não menciona a execução das medidas específicas do Componente Indígena dentre os diversos Programas listados. E que, no mesmo sentido, esclareça a forma pela qual será garantido o cumprimento das medidas específicas de garantia do componente indígena constantes do CI-PBA.
- c) Que o Ministério Público Federal reitere a solicitação "b" junto ao Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina, fixando prazo para o fornecimento de tais explicações.
- d) Caso as explicações não se mostrem suficientes ou indiquem fragilidade na garantia de cumprimento do Componente Indígena, que o Ministério Público Federal recomende à FUNAI e ao IMA a imediata retificação das Licenças de Instalação e de Operação ativas, de modo que passem a constar as condicionantes específicas sob a ótica do Componente Indígena, vinculadas à execução do CI-PBA, incluindo seu Programa de Fortalecimento Cultural e as respectivas ações de construção de 43 casas para habitação, 7 casas de reza e 1 casa de cultura, bem como que o IMA se abstenha de emitir quaisquer novas licenças em favor do empreendimento sem que tenham sido regularizadas e garantidas as medidas referentes ao componente indígena.

- e) Que o Ministério Público Federal tome todas as providências as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias para garantir a regularização do Componente Indígena caso os demais órgãos responsáveis não cumpram devidamente os papéis que a legislação em vigor lhes atribui.

Florianópolis, 13 de junho de 2021.



André Hl Dallagnol
OAB/PR 54.633



Gabriela Araujo Pires
OAB/PE 40.514



Luisa M. Cytrynowicz
OAB/SP 422.601



Kuaray
Rodrigo Mariano
Bacharel em Direito



Julia Andrade Ferezin
OAB/SC 60.890