

Ofício nº 02/2023 – REDE XINGU+

Brasília, 06 de Março de 2023.

À Senhora **Joenia Wapichana**

Presidenta da Funai

À Senhora **Lucia Alberta Andrade de Oliveira**

Diretora de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável - DPDS

À Senhora **Julia de Paiva Pereira Leão**

Coordenadora-Geral de Licenciamento Ambiental - CGLIC

Ao Senhor **Rodrigo Antônio de Agostinho Mendonça**

Presidente do Ibama

Ao Senhor **Regis Fontana Pinto**

Diretor-substituto de Licenciamento Ambiental - DILIC

Ao Senhor **Andre Vitor Fleuri Jardim**

Coordenador de Licenciamento Ambiental de Transportes - COTRA

Assunto: Solicita extinção processual por vício de forma e demais providências.

Ref.: 08620.005726/2020-03

Prezados,

A Rede Xingu+, articulação entre organizações de povos indígenas, associações de comunidades tradicionais e instituições da sociedade civil atuantes na bacia do Rio Xingu, vem por meio desta apresentar manifestação e solicitar o que segue.

A rodovia estadual MT-322 parte de Matupá/MT, no cruzamento com a BR-163, atravessa o Rio Xingu, cortando a continuidade entre as Terras Indígenas Capoto-Jarina e Parque Indígena do Xingu, até a cidade de Bom Jesus do Araguaia/MT, às margens da BR-158. No dia 9 de fevereiro de 2023 a SINFRA-MT publicou o edital Concorrência Pública nº 05/2023 tendo como objeto a realização dos estudos do componente indígena do licenciamento ambiental da pavimentação da MT-322 entre Matupá/MT e São José do Xingu/MT e construção de ponte e encabeçamento sobre o Rio Xingu, estando a realização do certame prevista para o dia 13/03/2023.

O edital publicado pela SINFRA-MT destaca que os estudos devem ser realizados “conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no **termo de referência**

específico emitido pela FUNAI em 01/09/2022". O termo citado foi emitido nos autos do processo administrativo nº 08620.005726/2020-03, iniciado em 08/07/2020, mediante manifestação da SINFRA-MT encaminhada no Ofício nº 494/2020/SUAM/SAOR/SINFRA, no qual a Secretaria Estadual solicita a emissão de Termo de Referência Específico para a elaboração do ECI relativo ao projeto de pavimentação da MT-322 e construção de ponte sobre o Rio Xingu. Afirma o órgão empreendedor que a **"já está providenciando junto ao Ibama o Termo de Referência para a elaboração do EIA/RIMA**, e junto ao IPHAN o termo de referência para a realização dos estudos arqueológicos".

Vê-se, portanto, que o procedimento administrativo por meio do qual foi emitido o TRE da Funai, foi aberto por iniciativa autônoma da SINFRA-MT e não encontra-se vinculado a nenhum processo administrativo de licenciamento ambiental no âmbito do órgão licenciador competente, no caso o Ibama. **Tal situação é completamente estranha ao ordenamento jurídico brasileiro e às normas administrativas pertinentes**, como adiante se demonstrará.

Por ora, destaque-se que no mês de Julho de 2022, ao tomarem conhecimento da existência do processo administrativo nº 08620.005726/2020-03, as lideranças e membros dos povos indígenas do Território Indígena do Xingu (TIX) e da Terra Indígena Capoto/Jarina encaminharam uma carta conjunta à SINFRA-MT, Funai, Ibama, MPF e DPU (Ofício Conjunto ATIX/IR/nº 01/2022, SEI 13588482) exigindo que as leis do licenciamento ambiental e da consulta livre, prévia e informada sejam respeitadas na pavimentação da MT-322 e solicitando à Funai que se abstinhasse de emitir novas manifestações antes de iniciar um processo de consulta aos povos indígenas afetados. Ocorre que mesmo assim a Funai, em 01/09/2022 deferiu pedido formulado pela SINFRA-MT no sentido de renovar o Termo de Referência (SEI 4461626).

De sua parte, ao ser notificado da situação, o Ibama encaminhou o Of. nº 424/2022/COTRA/CGLIN/DILIC (SEI-IBAMA 13646289) solicitando que a SINFRA-MT realizasse abertura de processo de licenciamento ambiental no Portal de Serviços do Governo Federal, para análise da competência legal sobre o licenciamento ambiental. Contudo, até o momento de redação deste ofício, não houve resposta por parte do órgão estadual, que tampouco procedeu a abertura de um processo de licenciamento pelos canais adequados.

Dos vícios de forma nos atos administrativos da Funai

Inicialmente, é importante destacar que a atuação institucional da Funai, assim como dos demais órgãos do serviço público, submete-se ao princípio administrativo da Legalidade, que restringe os atos administrativos do Poder Público aos limites e previsões estabelecidas

legalmente. Em outros termos, não pode o agente público, no exercício de suas atribuições, extrapolar os limites previamente estabelecidos pela legislação pertinente.

No caso em tela, fica evidente que **a Funai excedeu suas competências legais ao emitir o TRE para os empreendimentos previstos na MT-322**. Vejamos.

Nos termos da Lei Complementar nº 140/2011, Art. 7º, XIV, c, **a competência para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em terras indígenas é da União, exercida por meio do Ibama**, órgão executor no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, de acordo com o art. 6º, III, da Lei 6.938/1981. O procedimento de emissão das licenças ambientais é regulamentado pela Resolução Conama nº 237/1997, que em seu art. 10, prescreve as etapas do licenciamento ambiental:

“Art. 10. O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

[...]”

Portanto, na condição de órgão executor das políticas de proteção ao meio ambiente e recursos naturais, cabe ao Ibama dar abertura ao processo de licenciamento ambiental, quando provocado pelo empreendedor e munido por este da documentação necessária para proceder a análise técnica dos impactos ambientais do empreendimento.

Em situações nas quais os impactos do empreendimento ou atividade a serem desenvolvidos afetam diretamente Terras Indígenas, a avaliação da dimensão dos impactos demanda a participação da Funai, que é o órgão federal capacitado para prover as informações técnicas necessárias para facilitar a participação efetiva dos povos indígenas nos processos que incidem sobre seus territórios e culturas. Essa atuação está prevista na Portaria Interministerial nº 60/2015, que disciplina a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental do Ibama.

Em seu art. 3º, a portaria reforça a disposição já destacada da Resolução Conama nº 237/1997, que determina que o procedimento de licenciamento ambiental se inicia pela provocação do empreendedor ao órgão ambiental, mediante apresentação da Ficha de Caracterização de Atividades (FCA), momento no qual deve ser informada pelo interessado a ocorrência de possíveis impactos sobre populações tradicionais e bens de interesse histórico e arqueológico:

Art. 3º No início do procedimento de licenciamento ambiental, o IBAMA deverá, na FCA, solicitar informações do empreendedor sobre possíveis intervenções em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária.

Caso se verifique a possibilidade de intervenções da atividade ou empreendimento sobre Terras Indígenas, como é o caso da MT-322, a Funai deve ser acionada para se manifestar. O procedimento é disciplinado pelo art. 5º da Portaria Interministerial nº 60/2015:

Art.5º A participação dos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental, para a definição do conteúdo do TR de que trata o art. 4o, ocorrerá a partir dos TREs constantes do Anexo II.

§ 1o O IBAMA encaminhará para a direção do setor responsável pelo licenciamento ambiental do órgão ou entidade envolvido, no prazo de até dez dias consecutivos, contado da data do requerimento de licenciamento ambiental, a solicitação de manifestação e disponibilizará a FCA em seu sítio eletrônico.

§ 2o Os órgãos e entidades envolvidos deverão manifestar-se ao IBAMA no prazo de quinze dias consecutivos, contado da data do recebimento da solicitação de manifestação.

Podemos ver que a disciplina regulamentar da participação dos órgãos federais nos processos de licenciamento ambiental consagra o papel do Ibama como órgão licenciador, garantindo aos demais órgãos, que têm competências técnicas ou institucionais relacionadas, a função de órgãos intervenientes. Na dinâmica processual, essa divisão de papéis se materializa, por exemplo, no fato de que o processo deve necessariamente se iniciar no órgão licenciador e de que os atos e procedimentos instaurados nos órgãos intervenientes são subsidiários aos objetivos do processo principal de licenciamento.

Esse entendimento encontra-se internalizado na própria regulamentação interna da Funai acerca de seus procedimentos administrativos. A atuação da Funai em processos administrativos de licenciamento ambiental encontra-se disciplinada na Instrução Normativa nº 02/2015, a qual dispõe:

Art. 3º A Funai se manifestará nos processos de licenciamento ambiental a partir da solicitação formal do órgão ambiental licenciador.

§ 1º A solicitação deverá ser recebida pela Funai em sua sede nacional, localizada em Brasília.

§ 2º A manifestação da Funai terá como base a Ficha de Caracterização da Atividade - FCA ou seu documento equivalente, disponibilizada eletronicamente ou encaminhada, conforme o caso, pelos órgãos licenciadores competentes.

§ 3º A Funai deverá ainda considerar documento específico elaborado pela equipe técnica contratada pelo empreendedor, desde que este seja apresentado ao órgão licenciador competente, e em caso de concordância, encaminhado ou disponibilizado pelo referido órgão à Funai.

§ 4º Ressalvados os casos previstos nesta Instrução Normativa, as manifestações da Funai serão sempre dirigidas ao órgão ambiental federal, estadual ou municipal, responsável pelo licenciamento.

Vê-se que, nos termos da IN nº 02/2015, enquanto órgão interveniente, a Funai tem atuação dependente e subsidiária à atuação do órgão licenciador, devendo suas manifestações ocorrerem mediante provocação do Ibama a ele serem dirigidas. É evidente, portanto, que a Funai não tem competência para atuar de forma autônoma na emissão de termos de referência para atividades ou empreendimentos potencialmente causadores de impactos ambientais.

A análise do processo administrativo 08620.005726/2020-03 deixa perceber que **não houve em momento algum solicitação formal por parte do órgão licenciador**. Da mesma forma, **não se encontra no processo a FCA, tampouco documento equivalente, encaminhada pelo órgão competente**. Por fim, **não houve por parte da Funai o encaminhamento de suas manifestações ao Ibama**, haja vista que não há processo de licenciamento ambiental aberto no órgão de proteção ambiental.

Dessa forma, é patente que os atos administrativos realizados no âmbito do processo administrativo 08620.005726/2020-03 não seguiram os procedimentos estabelecidos na legislação nacional pertinente, nem mesmo aqueles previstos na regulamentação interna da própria Funai. Estes atos encontram-se, portanto, absolutamente eivados de vícios formais, fazendo surgir para a Administração Pública o dever de anulá-los.

A doutrina majoritária no Direito Administrativo é pacífica no sentido de reconhecer a possibilidade da anulação dos atos administrativos maculados pela inadequação às formas e procedimentos previstos legalmente. Essa nulidade decorre da não-observância do princípio da legalidade, que vincula a atividade da Administração Pública e limita a discricionariedade dos agentes públicos. Como ensina o respeitado administrativista, José dos Santos Carvalho Filho, acerca do tema “*o vício de forma provém do ato que inobserva ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato, ou que não atende ao procedimento previsto em lei como necessário à decisão que a Administração deseja tomar*”¹. Diante da constatação da incompatibilidade entre o ato administrativo e sua disciplina legal, é não apenas cabível, mas necessária a anulação do ato. Novamente nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

*“a Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37, CF), de modo que, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. Não é possível, em princípio, conciliar a exigência da legalidade dos atos com a complacência do administrador público em deixá-lo no mundo jurídico produzindo normalmente seus efeitos; tal omissão ofende literalmente o princípio da legalidade”*².

Assim, diante dos vícios formais apontados, faz-se mandatória a extinção do processo administrativo 08620.005726/2020-03, bem como a anulação dos atos administrativos dele decorrentes. Em especial, cumpre a anulação imediata do Termo de Referência Específico (SEI 4461626), tendo em vista a proximidade do certame previsto no edital de Concorrência Pública nº 05/2023, que prevê a contratação de empresa para realização de Estudos de Componente Indígena tendo como referencial o ato ora impugnado.

Sendo assim, em respeito ao princípio da legalidade e às normas legais e infralegais aplicáveis, bem como para evitar que as nulidades ora apontadas resultem em danos maiores e de difícil reparação, solicitamos:

¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo:Atlas, 2015

² idem

a) à Funai, que declare a extinção do processo administrativo 08620.005726/2020-03, tendo em vista o descumprimento do procedimento previsto na IN nº 02/2015 e que declare a nulidade do TRE (SEI 4461626) emitido para a pavimentação da rodovia MT-322 e construção de ponte sobre o Rio Xingu.

b) ao Ibama que notifique os órgãos intervenientes para suspender qualquer processo administrativo que tenha como objeto a pavimentação da MT-322 e construção de ponte sobre o Rio Xingu, até que a SINFRA-MT responda o Of. nº 424/2022/COTRA/CGLIN/DILIC e proceda a abertura de processo de licenciamento ambiental no Portal de Serviços do Governo Federal, em conformidade com a legislação vigente.

c) ao Ibama que notifique a SINFRA-MT recomendando a suspensão do edital de Contratação Pública nº 05/2023, tendo em vista a proximidade da realização do certame, prevista para o dia 13/03/2023, e considerando que o edital tem como objeto a contratação de estudos destinados a subsidiar processo administrativo de licenciamento ambiental atualmente inexistente, além de vincular os serviços a serem contratados a Termo de Referência Específico emitido em desacordo com a legislação ambiental vigente.

Sem mais para o momento e confiantes no compromisso desta Autarquia com os Direitos fundamentais dos Povos Indígenas e o respeito ao ordenamento jurídico nacional, pedimos e esperamos deferimento.

Respeitosamente,

Rede Xingu+