



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR VICE-
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª
REGIÃO.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 5003271-09.2020.4.03.0000/SP
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADOS: UNIÃO FEDERAL
FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI
ORIGEM: ACP 5004629-50.2019.4.03.6141
1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Vicente/SP

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora Regional da República signatária, nos autos do agravo de instrumento em epígrafe, não se conformando, *data venia*, com o v. Acórdão de ID Num. 141084703 - Pág. 1 que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal e que foi corroborado pelo v. Acórdão de ID Num. 157023525 - Pág. 1 que rejeitou os Embargos de Declaração opostos por este órgão ministerial, vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interpor o presente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

o qual requer seja regularmente admitido e processado, para que seja conhecido, julgado e provido pela instância *ad quem*, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, fundamentando-se, para tanto, nas razões de fato e de direito que ora se anexa.

Nos termos do artigo 1.007, § 1º, do Código de Processo Civil, o Ministério Público é dispensado do recolhimento das despesas de porte de remessa e retorno.

Outrossim, requer este órgão ministerial seja a parte recorrida intimada para que, querendo, ofereça suas contrarrazões.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

(assinado digitalmente)
MARIA LUIZA GRABNER
PROCURADORA REGIONAL DA REPÚBLICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 5003271-09.2020.4.03.0000/SP

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADOS: UNIÃO FEDERAL

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI

ORIGEM: ACP 5004629-50.2019.4.03.6141

1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Vicente/SP

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**Egrégio Supremo Tribunal Federal,
Colenda Turma,
Dignos Ministros,**

1. Relatório

Relembre-se que os autos originários tratam de ação civil pública, proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face da UNIÃO FEDERAL e da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, com pedido de tutela antecipada, por meio da qual pretende suspender liminarmente os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.915, de 21/11/2019), bem como os efeitos do ato de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para exercer o cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.916, de 21/11/2019), com a consequente reintegração imediata de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter.

Requeru, ademais, a ação civil pública de origem que, caso se pretenda efetuar a substituição do Coordenador Regional Litoral Sudeste da Funai, respeitada a liberdade quanto à nomeação, promova, no processo de escolha, a consulta prévia, adequada, de boa-fé e visando o acordo, aos povos indígenas interessados, ou seja, aqueles abrangidos pela esfera de atribuição da Coordenação Regional da Fundação Nacional do Índio no Litoral Sudeste, mediante procedimento apropriado, consoante determina o art. 6 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, bem como observe os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, impessoalidade, moralidade e eficiência, além dos critérios técnicos e objetivos inerentes ao ato administrativo

Ainda segundo a ação civil pública, houve representação das lideranças indígenas de diversas etnias do litoral sudeste dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, informando, entre outros pontos, terem sido totalmente aliçados do processo de escolha do novo Coordenador Regional e que ele foi escolhido sem a prévia consulta de seu povo.

Desta feita, foi expedida a Recomendação nº 20/2019 ao Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Segurança Pública e ao Presidente da Fundação Nacional do Índio, para que fossem revogados os atos de exoneração e nomeação acima mencionados, bem como para que as futuras nomeações sejam precedidas de consulta prévia, adequada, de boa-fé e visando acordo. O prazo para atendimento da referida Recomendação expirou em 16/12/2019 sem resposta das rés.

Considerando-se a gravidade dos fatos, ajuizou-se a ação civil pública subjacente em 18/12/2019, tendo a União Federal e a FUNAI apresentado manifestação prévia ao pedido de tutela antecipada à ID Num. 123946814 - Pág. 61 e ID Num. 123946814 - Pág. 26, respectivamente, e contestação da União Federal (cópia à ID Num. 123946814 - Pág. 4).

Sobreveio, então, a r. decisão (de 23/01/2020) prolatada pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Federal de São Vicente/SP para indeferir a liminar requerida por considerar que “*as disposições da Convenção 169 não podem ser interpretadas como sendo coercitivas ou impositivas, sob pena de tornarem letra morta o próprio texto constitucional.*” (ID Num. 123946814 - Pág. 22 e seguintes)

Inconformado, o Ministério Público Federal autor, interpôs o presente recurso de agravo de instrumento pugnando a reforma da decisão para fim de se suspender, liminarmente, os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.915, de 21/11/2019), bem como os efeitos do ato de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para exercer o cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.916, de 21/11/2019), com a consequente reintegração imediata de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter (ID Num. 123963121 - Pág. 01/11).

O agravo de instrumento foi bem instruído, tendo sido juntada farta documentação (ID Num. 123946815 - Pág. 2/14), de onde se evidencia: o **pleito dos indígenas** (ID Num. 123946814 - Pág. 134/138), **a cópia da petição inicial da ação civil pública** (ID Num. 123946814 - Pág. 109), **a Recomendação n.º 20/2019 expedida** (ID Num. 123946814 - Pág. 149) e o **Parer AGU – Consultoria Geral da União ofertado, anteriormente, em caso análogo** (ID Num. 123946814 - Pág. 157) oportunidade em que se concluiu ser

de “*bom alvitre acatar a Recomendação 03/2017/MPF/PR-RO/GABPR3 3º Ofício 6ª CCR*” em razão de ser amparada no princípio da legalidade e anular o ato de nomeação de Coordenador do Distrito Sanitário Especial Indígena de Polo Belho, sem a prévia consulta aos povos indígenas afetados, pro afrontar diretamente o texto da Convenção 169 da OIT (...).”

Distribuídos os autos do agravo de instrumento, sobreveio a r. decisão monocrática de lavra do d. Des. Federal Wilson Zauhy (de ID Num. 125599242 - Pág. 1), para indeferir o pedido de antecipação da tutela recursal.

Devidamente intimada, a parte agravada não apresentou suas contrarrazões de agravo de instrumento.

Vieram os autos para manifestação deste órgão ministerial que houve por bem apresentar Agravo interno no qual foi requerida a reconsideração da r. decisão monocrática de ID Num. 125599242 - Pág. 1, para que fosse deferida a tutela antecipada no âmbito recursal - efeito ativo -, reformando-se a decisão prolatada pela 1ª Vara Federal de São Vicente/SP.

Após, foi proferido o v. Acórdão de ID Num. 141084703 - Pág. 1 para negar provimento ao Agravo de Instrumento, mantendo integralmente a decisão recorrida, prejudicado o agravo legal interposto, nos termos da fundamentação assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INDÍGENA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXONERAÇÃO DE COORDENADOR REGIONAL DA FUNAI, COM A NOMEAÇÃO DE OUTRO PARA O MESMO CARGO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 6º, 1, “a”, DA CONVENÇÃO N. 169 DA OIT, POR NÃO HAVER CONSULTA AOS INDÍGENAS INTERESSADOS. DESCABIMENTO. MEDIDA ADMINISTRATIVA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFETÁ-LOS DIRETAMENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE COMO OS INDÍGENAS SERÃO AFETADOS PELA MERA SUBSTITUIÇÃO DA COORDENADORIA. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOMEAR E PREENCHER OS SEUS CARGOS EM COMISSÃO (ART. 37, INCISOS I, II E V, TODOS DA CF/1988). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO LEGAL PREJUDICADO.

1. O MPF ajuizou ação civil pública com a finalidade de

suspender os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da FUNAI e de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para o mesmo cargo, reintegrando-se Cristiano Vieira Gonçalves Hutter ao cargo, ao argumento de que houve vício de legalidade em tais atos administrativos, consistentes na ausência de consulta aos povos indígenas interessados, na forma do art. 6º da Convenção n. 169 da OIT.

2. A Convenção n. 169 da OIT cuida dos direitos dos indígenas e dos povos tribais, não se limitando a tutelar direitos trabalhistas destes povos, mas abordando outras prerrogativas. Mencionada Convenção foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, de maneira que as suas normas integram nosso sistema jurídico.

3. Como se percebe pela dicção art. 6º, 1, “a”, da mencionada Convenção, a consulta aos povos interessados somente deve ocorrer quando estejamos diante de medidas legislativas ou administrativas. Quer isso significar que a consulta aos povos suscetíveis de afetá-los diretamente indígenas não deve ocorrer em toda e qualquer situação em que houver a adoção de uma medida legislativa ou administrativa que cuide de matéria indígena, mas apenas naquelas situações em que seus interesses restarem substancialmente afetados.

4. No caso em comento, a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso. Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estar-se-ia numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando.

5. *Note-se, a propósito, que nada foi apresentado em relação ao novo Coordenador que o desabone para o exercício das funções públicas que terá de desempenhar, havendo apenas alegações do MPF em abstrato aduzindo a necessidade da consulta. De mais a mais, deve-se salientar que, sendo uma norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção n. 169 da OIT precisa observar as demais normas jurídicas que integram o nosso sistema jurídico, sobretudo o texto constitucional. A Carta da República de 1988 preceitua, em seu art. 37, incisos I, II e V, que faz parte da lógica ínsita à Administração Pública a nomeação de pessoas para ocuparem cargos em comissão ou para exercerem funções de confiança, cabendo à autoridade nomeante certa discricionariedade quanto a isso, desde que preenchidos os pressupostos e condições legais.*

6. *A consulta pública a que se refere a Convenção n. 169 da OIT não pode ser lida de tal forma a impedir a livre nomeação de pessoas para o exercício de cargos em comissão, pena de se permitir que uma norma que ingressa em patamar infraconstitucional em nosso sistema jurídico se sobreponha ao próprio texto constitucional, o que não se admite. Em verdade, é plenamente viável conciliar todas estas disposições, partindo-se da premissa de que a consulta aos povos interessados deve ser feita para situações mais concretas de possível atingimento de direitos indígenas, o que não inclui, por ausência de repercussão mais concreta, a mera nomeação de Coordenador para compor a FUNAI.*

7. *Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo legal prejudicado.*

Embargos de declaração opostos por esta Procuradora Regional da República à ID Num. 143398484 - Pág. 1, suscitando *i)* a confusão (obscuridade e contradição) no uso das palavras “direta” e “concreta” e, por consequência, dos respectivos advérbios, na aplicação da norma jurídica do artigo 6º, item 1, letra a, da Convenção 169 da OIT; *ii)* a omissão quanto à fundamentação indicativa dos motivos pelos quais se conclui pela aptidão e viabilidade do desempenho da função pública pelo novo Coordenador indicado;

iii) a contradição ao se pressupor incompatibilidade entre os dispositivos da Convenção 169 da OIT que tratam da CLPI e as disposições da Constituição Federal sobre a administração pública; e, finalmente, *iv)* a nulidade, contradição, obscuridade e omissão quanto à inobservância dos limites à discricionariedade da administração pública, suscitados pelo MPF.

Foi então proferido o v. Acórdão à ID Num. 157023525 - Pág. 1 que rejeitou os embargos de declaração do Ministério Público, vindo assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

- 1. Os presentes embargos de declaração foram opostos na vigência do CPC/2015, que dispõe, em seu art. 1.022, sobre as hipóteses de cabimento dos aclaratórios: a existência, na decisão judicial, de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados pelo Juízo. No presente caso, contudo, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.*
- 2. Com efeito, a questão apresentada no agravo de instrumento dizia respeito à pretensão do MPF de impedir a nomeação de novo coordenador regional da FUNAI, ao fundamento principal de que os povos indígenas afetados pela medida deveriam ter sido consultados previamente a respeito da providência. Após se debruçar em detalhes sobre a controvérsia posta, este Colegiado concluiu validamente pela impossibilidade de se impedir a nomeação do novo coordenador em sede de tutela antecipada na ação civil pública originária, porquanto a mera troca de comando não compreenderia, só por só, medida apta a afetar diretamente os interesses das comunidades indígenas envolvidas.*
- 3. Em seus aclaratórios, o MPF sustenta que o acórdão teria incidido em confusão conceitual quanto aos termos “direta” e “concreta”, ressaltando que a consulta aos povos indígenas se faria necessária mesmo que nenhum ato tivesse sido praticado pelo Poder Público. Em realidade, o acórdão não incidiu em qualquer confusão terminológica, porque o desenvolvimento do raciocínio partiu dos precisos*

termos do art. 6º, 1, “a”, da Convenção 169 da OIT para atestar que a alteração da coordenadoria da FUNAI não tinha o condão de afetar diretamente os interesses da comunidade indígena envolvida.

4. *Quando se fez uso da expressão “concreta”, buscou-se salientar que, para além da ausência de situação que afetasse diretamente os indígenas, também não concorria qualquer ato do novo coordenador regional que pudesse demonstrar prejuízo à comunidade tradicional. Vale dizer: o acórdão se valeu da expressão para robustecer a fundamentação adotada na linha de que a consulta aos indígenas não seria necessária na espécie, sem partir da premissa de que um termo equivaleria ao outro.*
5. *De mais a mais, sublinha-se que o acórdão não está eivado de vícios na fundamentação encampada, porquanto as razões expostas justificam a decisão pela manutenção do novo coordenador regional em seu cargo. Salientou-se que, conquanto o espírito da Convenção 169 da OIT realmente fosse o de promover o diálogo intercultural entre as comunidades indígenas e os demais segmentos da sociedade civil, a consulta prévia aos povos tradicionais somente ocorreria quando a providência a ser adotada pelo Poder Público realmente tivesse o condão de afetá-los diretamente, o que não teria se verificado na espécie.*
6. *Assim, o acórdão não descurou dos fatores indicados pelo MPF, mas apenas considerou que a consulta prévia aos indígenas não deveria ter lugar porque o suporte fático do art. 6º, 1, “a”, da Convenção 169 da OIT (possibilidade de a medida afetar diretamente os interesses indígenas) não estava preenchido no caso concreto (a mera troca do coordenador regional não afeta,, os interesses indígenas, per se ao contrário do que sustenta o parquet).*
7. *Anota-se, ademais, que também não assiste razão ao MPF quando pontifica que o acórdão pressupõe uma incompatibilidade entre os dispositivos da Convenção 169 da OIT e as disposições da CF/1988 acerca da Administração Pública. Em verdade, o acórdão considerou que não haveria antinomia entre as normas convencionais e as disposições constitucionais neste particular. O que se dis-*

se foi que o conteúdo das normas em comento poderia e deveria ser interpretado conjuntamente e de forma harmônica, circunstância que, aliás, não se passa exclusivamente com o tema ora analisado, mas diz respeito à interpretação sistêmica do Direito como um todo.

8. *Tanto é assim que o acórdão disse, com todas as letras, que seria viável “conciliar todas estas disposições”, bastando, para tanto, adotar interpretação segundo a qual a consulta aos povos indígenas deveria ser feita para situações em que os interesses dos indígenas pudessem ser atingidos diretamente, ao passo que nos demais contextos a consulta não se faria necessária, com prevalência da discricionariedade da Administração Pública (este o caso dos autos). Tal interpretação equalizaria os dois regramentos – o convencional e o constitucional -, resguardando a consulta prévia aos indígenas ao mesmo tempo em que se garantiria à Administração Pública o poder de preencher os cargos de livre nomeação conforme a sua discricionariedade.*
9. *Embora tenha adotado tese de direito diversa daquela esgrimida pelo embargante, verifica-se que o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate. Denota-se, assim, o objetivo infringente que se pretende dar aos embargos, com o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbre quaisquer das hipóteses autorizadoras do manejo dos aclaratórios.*
10. *Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.022 do CPC/2015. De todo modo, há de se atentar para o disposto no artigo 1.025 do novo CPC/2015, que estabelece: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”, que se aplica ao*

caso presente, já que estes embargos foram atravessados na vigência do novel estatuto.

O Ministério Público foi intimado em **26/04/2021**, oportunidade em que interpõe o presente e tempestivo Recurso Extraordinário, uma vez que merece ser reformado o v. Acórdão ID Num. 141084703 - Pág. 1 corroborado pelo Acórdão de ID Num. 157023525 - Pág. 1.

2. Do cabimento do Recurso Extraordinário

Preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso III, as hipóteses que autorizam a interposição de Recurso Extraordinário ao Colendo Supremo Tribunal de Federal, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Para tanto, acerca do prequestionamento dos dispositivos que tem sido exigido, não se revela despidendo transcrever parte voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, proferido no AI nº 297.742-AgR, *in verbis*:

"O prequestionamento para o recurso extraordinário não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha, o que ocorreu no caso".

([AI 297.742-AgR](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25.06.2007, Primeira Turma, DJ de 10.08.2007. No mesmo sentido: RE 540.578-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 15.12.2009, Primeira Turma, DJe de 05.02.2010).

De outra parte, resta claro que as questões jurídicas ora trazidas a esta instância extraordinária foi o cerne do embate jurídico ocorrido na instância ordinária, perfazendo-se o necessário prequestionamento.

Portanto, uma vez prequestionada a matéria, e tendo em vista que se busca demonstrar que a decisão recorrida negou vigência a dispositivos da Constituição Federal, o presente recurso deve ser recebido, devidamente processado e, ao final, provido, pelas razões adiante expendidas, considerando, ainda, que há repercussão geral e relevância em relação aos ponto em debate, conforme a seguir demonstrado.

3. Da Repercussão Geral

Tendo em vista o quanto exposto no art. 102, §3º, da Constituição Federal e o disposto no art. 1.035 do Código de Processo Civil, entende o Ministério Público Federal estar presente o requisito recursal da Repercussão Geral.

Isso porque o caso em pauta é de grande relevância para as discussões relativas aos direitos indigenistas no Brasil e a solução que será adotada por essa Excelsa Corte Constitucional evitará a multiplicidade de decisões divergentes e a insegurança jurídica relativa à não observância do artigo 231, *caput*, da Constituição que assegura o reconhecimento aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, **o que implica sejam as comunidades indígenas consultadas mediante procedimento específico, na forma de consulta prévia (prevista no artigo 6º da Convenção 169 da OIT)**, a respeito de medida administrativa – respeitada a discricionariedade administrativa -, qual seja, a exoneração abrupta e injustificada de servidor que ocupa o cargo de Coordenador Regional da FUNAI, de conhecimento técnico notório e de confiança dos indígenas, por nomeação de pessoa até então “tenente reformado” e sem qualquer conhecimento na área e à revelia da comunidade.

4. Mérito recursal

4.1 Da contrariedade ao artigo 231 e 232 da Constituição Federal

O E. TRF3 o negou provimento ao agravo de instrumento do Ministério Público Federal sob o fundamento de que a mudança na Coordenadoria Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio não afeta, *per se*, os interesses dos indígenas e que não haveria nenhuma conduta concreta que desabone o novo nomeado.

Entretanto e, com efeito, a argumentação não pode ser admitida, posto que é assegurado aos povos indígenas o direito de serem consultados de forma livre e informada antes de serem tomadas decisões que possam afetar seus direitos. Este direito decorre do respeito à integridade territorial, dos usos e costumes¹. **As comunidades indígenas, no caso, encontram-se totalmente excluídas do processo de tomada de decisões que as afetam diretamente.**

Sob essa perspectiva, o dano a que o E, TRF3 nega ocorrência, já está configurado pelo fato de a comunidade indígena não ter sido consultada previamente, não tendo participado da alteração administrativa consistente na mudança abrupta e injustificada do coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio.

Embora a União Federal e a FUNAI aleguem legítimo exercício do seu poder inculcado, fundamentalmente, **nos artigos 37, II e 84, XXV, da Constituição Federal**, para a exoneração de Cristiano e nomeação de Roberto Cortez, é certo que qualquer administrador público deve se pautar pelos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, da autotutela (poder-dever de anular e revogar seus atos administrativos), da indisponibilidade, da segurança jurídica (boa-fé objetiva e proteção à confiança), razoabilidade e proporcionalidade.

Tratando-se especificamente da questão indígena, não se pode fazer uma análise superficial dos atos administrativos praticados, ignorando o próprio histórico do direito à consulta prévia e de seus fundamentos legais e principiológicos. Essa exclusão acaba violando o direito à autodeterminação e à própria dignidade dos indígenas.

A partir da **Constituição Federal de 1988** o paradigma “tutelar” e “integracionista” mudou radicalmente, tendo o **art. 231** reconhecido aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e o **art. 232** que conferiu aos índios, suas comunidades e organizações legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Foi, também, **com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho** em 20 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº. 143/2002), em vigor em 25 de julho de 2003 (Decreto Executivo nº. 5.051/2004), que o integracionismo deu lugar ao respei-

¹ ROLAND, Manoela Carneiro e FARIA JUNIOR, Luiz Carlos Silva. **Neoconstitucionalismo e estado democrático e social de direito: o caso da regulamentação pelo Brasil do mecanismo de “consulta prévia e informada” previsto na convenção 169 da OIT.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=04115ec378e476c5> Acesso em 28-09-2015.

to à diversidade étnica e cultural, e desloca para os próprios povos indígenas e tribais a possibilidade de decidir sobre suas vidas e sua forma de desenvolvimento. Trata-se do direito à **autodeterminação**², sem que isso, contudo, represente qualquer ameaça à soberania nacional³.

Na condição de tratado internacional de direitos humanos, a Convenção 169/OIT possui, nos termos da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, firmada no recurso extraordinário nº. 466.343/SP, status normativo supralegal (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008).

Entretanto, este E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº. 3239 foi além desse entendimento e conferiu à Convenção estatuta constitucional, em consonância com o entendimento da doutrina majoritária no campo dos tratados internacionais de direitos humanos.

Confira-se o voto do Ministro Celso de Mello:

A Convenção nº. 169/OIT, por versar sobre direitos humanos e direitos fundamentais, desfruta, segundo entendido, na ordem jurídica nacional, de uma clara posição hierárquica que lhe confere natureza constitucional, para além da própria noção de supralegalidade. [...]
Os tratados internacionais de direitos humanos, como é a Convenção nº. 169/OIT, se revestem, na ordem positiva interna brasileira, de qualificação constitucional, acentuando ainda que estas convenções internacionais, como a Convenção nº. 169/OIT, em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil, como sucedeu no caso, assumem caráter materialmente constitucional, compondo sob tal perspectiva a própria noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

² O direito à autodeterminação dos povos indígenas foi expressamente previsto na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP, por sua sigla em inglês), de 2007, documento este assinado pelo Brasil:

Artigo 3 Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

No mesmo sentido a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, de 2016, também assinada pelo Brasil:

Artículo III.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

³ ONU . Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 12, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 1 – Derecho de libre determinación, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 152 (1984). Disponível em: [www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom12.html]. Acesso em: 18/03/2020.

Pois bem.

O direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) vem expressamente disposto no **art. 6º, da Convenção 169/OIT**:

*“Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos **deverão**:*

a) **consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou **administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente**;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

(g.n.)

Do preceito acima e demais constantes da Convenção 169 da OIT (artigos 6º *in totum*, 7º, 15, 16, 17 e 22) extrai-se que ao Estado compete o dever de, previamente e com boa fé, consultar os povos indígenas, comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais, sempre que medidas legislativas e administrativas sejam suscetíveis de afetá-los diretamente.

Assim, a consulta cabe em relação a toda e qualquer medida administrativa e legislativa que os afete diretamente, quer dizer, de maneira expressa, evidente, claramente e objetivamente.

E aqui, a expressão “medidas administrativas ou legislativas” abriga uma extensa gama de objetos que devem ser submetidos à consulta prévia, incluindo-se desde empreendimentos econômicos até alterações legislativas e institucionais⁴.

De forma prática, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado podem ser exercidos sempre que se apresentem projetos, planos, programas e políticas, bem ainda propostas de medidas legislativas que possam atingir diretamente os povos interessados, como por exemplo: emendas à CF; legislação agrária e ambiental; programas e serviços de educação e saúde; planos e programas de desenvolvimento nacional e regional; projetos de desenvolvimento; programas de reassentamento; programas de formação profissional especial; planejamento e administração de serviços de saúde e educação; criação de normas e instituições de educação especial; medidas de preservação e revitalização das línguas indígenas, entre outros tantos, **dentre os quais se encaixa a mudança de titular do cargo de Coordenador Regional, posto que é justamente a posição responsável pela interface entre a comunidade indígena e a FUNAI, competindo, nos termos do art. 21⁵ do Estatuto da FUNAI (Decreto n.º 9.010/2017), a**

⁴ A Corte Constitucional da Colômbia – órgão que desenvolveu a mais vasta e desenvolvida jurisprudência sobre consulta prévia em nível mundial – afirma que deve ser consultada aquela medida administrativa ou legislativa que “altere o status jurídico de uma pessoa ou comunidade, bem seja porque lhe impõe restrições ou gravames, ou, pelo contrário, lhe confira benefícios” (C-030/2008). A consulta também precisa ser respeitada “quando a matéria do projeto está relacionada com aspectos que possuem uma vinculação intrínseca com a definição da identidade étnica de ditos grupos” (C-175/2011), dentre os quais o direito de decidir as prioridades de seu processo de desenvolvimento, de manter suas práticas tradicionais e a relação especial e coletiva com o território, dentre outras.

⁵ Art. 21. Às Coordenações Regionais compete:

I - supervisionar técnica e administrativamente as Coordenações Técnicas Locais, exceto aquelas que estejam subordinadas às Frentes de Proteção Etnoambiental ou a outros mecanismos de gestão localizados em suas circunscrições, e representar política e socialmente o Presidente da FUNAI em sua circunscrição;

II - coordenar e monitorar a implementação de ações relacionadas às administrações orçamentária, financeira, patrimonial e de pessoas, realizadas pelas Frentes de Proteção Etnoambiental;

III - coordenar, implementar e monitorar as ações de proteção territorial e a promoção dos direitos socioculturais dos povos indígenas;

IV - implementar ações de promoção ao desenvolvimento sustentável dos povos indígenas e de etnodesenvolvimento econômico;

V - implementar ações de promoção e proteção social dos povos indígenas;

VI - preservar e promover a cultura indígena;

VII - apoiar a implementação de políticas para a proteção territorial dos povos indígenas isolados e de recente contato;

VIII - apoiar o monitoramento territorial das terras indígenas;

IX - apoiar as ações de regularização fundiária de terras indígenas sob a sua circunscrição, em todas as etapas do processo;

X - implementar ações de preservação do meio ambiente;

XI - implementar ações de administração de pessoal, material, patrimônio, finanças, contabilidade e serviços gerais;

XII - monitorar e apoiar as políticas de educação e saúde para os povos indígenas;

XIII - elaborar os planos de trabalho regional; e

XIV - promover o funcionamento do Comitê Regional em sua área de atuação.

promoção dos direitos socioculturais, o desenvolvimento sustentável, a proteção social, a proteção territorial, e as políticas de educação e saúde dos indígenas.

Evidente, pois, que dentre as atribuições do Coordenador Regional está a adoção de medidas que impactem diretamente a população indígena da região.

Não é demais apontar que o direito à consulta vem igualmente previsto em outros instrumentos, tais como a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas - DADPI (2016).

Da mesma forma, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), estabelece o direito de participação na tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos; e que os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas administrativas que os afetem:

Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Ressalte-se que o art. 40 da retrocitada Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas - DDPI (2008) preconiza que os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais ou coletivos e que essas decisões deverão levar em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.

Os dispositivos acima reforçam e avançam em relação ao rol de direitos de mesma natureza reconhecidos na Convenção n. 169 da OIT.

Não custa rememorar que em nível internacional, **coube à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, Corte IDH), a partir de interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), estabelecer os padrões de aplicação do direito à CCPLI.**

O caráter obrigatório da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) foi reconhecido, no Brasil, em 10 de dezembro de 1998, quando foi depositado documento junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), no qual o estado brasileiro se compromete a implementar as decisões do órgão decorrentes da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos⁶

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por sua vez, foi ratificada no Brasil em 1992 através do Decreto 678. Por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal e do Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP21, a CADH possui caráter supralegal, além de oferecer viés interpretativo para as normas constitucionais.

A Corte IDH se pronunciou sobre o direito à CCPLI e reconheceu este direito como um princípio geral do direito internacional, aplicável em todos os países que ratificaram a CADH, independentemente de serem signatários da Convenção nº. 169/OIT.

Em suma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷ **entende que os Estados têm a obrigação de consultar os povos indígenas e garantir sua participação nas decisões relativas a qualquer medida que afete seus territórios e que essa obrigação se relaciona diretamente com o direito à identidade cultural, por ser esta baseada em uma forma de vida intrinsecamente ligada ao território.**

273. Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios[640], tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales[641]. Esta es una manifestación

⁶ CARVALHO RAMOS, André de. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

⁷ Cf. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>>. Acesso em 28-09-2015.

concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”[642], teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”[643], según se dispone en el convenio 169 de la OIT[644] y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[645]. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas[646].

(...)

276. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones[652]. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos[653]. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio[654].

Da mesma forma, a Corte IDH decidiu, de modo específico, em quatro casos, estabelecendo importantes padrões de direitos humanos para a aplicação da consulta a serem necessariamente observados, são os casos: Comunidade Saramaka vs. Suriname (2007); Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012); Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros vs. Honduras (2015) e Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname (2015).

Nessa toada, ressalte-se que a Corte IDH não tem como única atribuição solucionar controvérsias concretas sobre direitos, por meio de decisões condenatórias, mas também fixar critérios gerais de interpretação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outros tratados internacionais, fixando *standards* hermenêuticos⁸.

⁸ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio G. Por uma delimitação conceitual do

O relator da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, James Anaya, lembra que os marcos institucionais, compostos por medidas legislativas e administrativas, também devem ser objeto de consulta⁹.

Por sua vez, já em âmbito doméstico, na ADI nº. 3239 que tratou da constitucionalidade do Decreto n.º 4.887/2003 (“quilombolas”), a Min. Rosa Weber, relatora do julgamento, afirmou que o direito à consulta previsto no art. 6º, item 1, da Convenção 169 da OIT *visa a assegurar*

(...) a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse. A observância da consulta aos povos indígenas vem amparada pela Constituição Federal de 1988 ao reconhecer, em diversos artigos, que a sociedade brasileira é pluralista, multicultural e democrática e, destas características, decorre que a consulta prévia é, por excelência, um espaço de concretização desse pluralismo e de proteção a outros valores constitucionais, tais como a igualdade (art. 5º, caput, ao possibilitar que grupos minoritários participem das medidas administrativas e legislativas), o combate ao racismo e à discriminação (art. 3º, inciso IV¹⁰) e a proteção do patrimônio cultural (art. 215 e 216¹¹). (g.n.)

No caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388), quando do julgamento dos embargos de declaração, o Min. Luís Roberto Barroso enfatizou a necessidade de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, sendo, nas suas palavras, *a consulta um elemento central da Convenção nº. 169*. O Ministro reforçou que *os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados*.

controle judicial de convencionalidade no âmbito do sistema internacional de direitos humanos. In: ANNONI, Danielle (Org.). Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 257-296

⁹ ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, de 15/06/2009.

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹ 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 afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: V - valorização da diversidade étnica e regional

Nesse sentido, o direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) **trata-se, por conseguinte, de uma etapa antecedente e obrigatória no procedimento de edição dos atos administrativos ora questionados, cuja inobservância enseja sua nulidade naquilo que afeta os povos indígenas, por vício de convencionalidade.**

Como se sabe, de acordo com a atual orientação do STF¹² - embora haja distinção entre os tratados aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, equivalentes às emendas constitucionais, e os demais tratados de direitos humanos, aprovados pelo Congresso Nacional por maioria simples e antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 2004, com *status* supralegal – o artigo 5º, parágrafo 3º introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle de convencionalidade, de modo a estabelecer a centralidade dos direitos humanos.

Assim, a Convenção nº. 169/OIT e o direito à consulta prévia devem ser utilizados como parâmetro desse controle de medidas administrativas e legislativas, nos termos do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal¹³.

A observância da **consulta aos povos indígenas vem amparada pela Constituição Federal de 1988** ao reconhecer, em diversos artigos, que a sociedade brasileira é **pluralista, multicultural e democrática** e, destas características, decorre que a consulta prévia é, por excelência, um espaço de concretização desse pluralismo e de proteção a outros valores constitucionais, tais como a **igualdade** (art. 5º, *caput*, ao possibilitar que grupos minoritários participem das medidas administrativas e legislativas), o **combate ao racismo e à discriminação** (art. 3º, inciso IV¹⁴) e a **proteção do patrimônio cultural** (art. 215 e 216¹⁵).

¹² cf. Supremo Tribunal Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008. Tribunal Pleno Ementa: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. **Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1, 2 e 3º da CF, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

¹³ Art. 5º (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵ 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 afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: V - valorização da diversidade étnica e regional

É decorrência direta do **artigo 231, caput, da Constituição**, uma vez que é esta a forma que se dá concretude ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios.

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.

Coloca-se como uma resposta à história de exclusão dos povos indígenas dos processos de tomada de decisões que os afetam e aos seus territórios, e reflete uma nova realidade sociopolítica global em que os povos indígenas detêm força política e capacidade técnica. Daí porque a consulta ser considerada, no dizer de Deborah Duprat, um processo ético, de natureza argumentativa, em que as partes se relacionam com igual respeito e consideração¹⁶.

É, pois, a maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais, com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados.

Desta forma, o E. TRF3 equivoca-se ao concluir que “a mera troca do coordenador regional não afeta, per se, os interesses indígenas, ao contrário do que sustenta o *Parquet*” (destaque constante à ID Num. 157023525 - Pág. 5).

Não se exige a ocorrência de um fato pontual ou ato concreto que desabone a conduta do novo nomeado. Pelo contrário: a verificação fática da relação de causa e efeito entre a medida proposta e seus impactos (negativos e/ou positivos) não deve ser feita *post factum*, sob pena de se ferir o próprio escopo da consulta que, por óbvio, deixaria de ser prévia. **A ausência da consulta prévia, de per si, tem o condão de macular a referida nomeação.**

Ainda que assim não fosse, é evidente o dano aos direitos dos indígenas, já que a exoneração e nomeação perpetradas não se revestem de critérios técnicos e objetivos: **o atual Coordenador Regional da Funai - Litoral Sudeste Sr. Roberto Cortez de Sousa é pessoa desconhecida dos povos indígenas e não possui nenhuma expertise na matéria (até então**

¹⁶ cf. Duprat, Deborah in Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais, pág. 73. Ed. ESMPU, Brasília, DF. 2015. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf, Acesso em 14/04/2020.

era tenente reformado), ao passo que Cristiano é pessoa que possui tanto a aceitação desses povos, quanto larga experiência na área e região (quase duas décadas).

Conforme consta do site oficial da Funai ¹⁷ “**A Coordenação Regional Litoral Sudeste, com sede instalada no Município de Itanhaém-SP, tem sob sua jurisdição 07 Coordenações Técnicas Locais, que atendem aproximadamente 60 Aldeias Indígenas dos povos Guarani, Terena, Kaingang, Guarani Mbya e Guarani Nhandeva**”, o que não é pouca coisa a exigir do gestor respectivo boa capacidade administrativa para garantir uma atuação sistêmica voltada à redução das desigualdades regionais, além, por óbvio, de estar familiarizado e deter conhecimentos sobre a cultura dos vários grupos étnicos presentes naquela região, o que *não* acontece no caso vertente.

Nesse passo, a Constituição Federal e a própria Convenção 169 da OIT reconhecem que os povos indígenas e as comunidades tradicionais são os destinatários de suas normativas específicas por constituírem grupos diferenciados da sociedade nacional hegemônica que se regem por suas próprias leis e hierarquias sem qualquer necessidade de integração.

Estamos falando de direitos coletivos, comunitários, com referências culturais, religiosas, simbólicas muito fortes. O que para o direito “do branco” pode consistir numa mera troca de servidores em uma estrutura administrativa, para os povos indígenas, que desenvolveram relação estreita de confiança com o servidor exonerado, em função do mútuo respeito existente nessa profícua troca de saberes ao longo de, quase 20 anos, pode significar uma tragédia. É um começar “de novo”, a tecer a delicada teia da confiança e da boa fé, como exige a Convenção 169 da OIT.

Daí a sua importância e a necessidade de sua observância em relação a **todas as medidas legislativas e administrativas que lhes digam respeito. E a nomeação, sem qualquer diálogo prévio, de pessoa/servidor desconhecido das culturas indígenas (fator confiança) e desconhecedor das especificidades culturais (fator técnico) que estão em jogo, e com as quais necessariamente deverá lidar em grande escala, traz sim potencial risco de inúmeros conflitos que não interessam nem aos administradores nem aos povos indígenas.**

¹⁷ cf. <http://www.funai.gov.br/index.php/apre>, acesso em 14/04/2020.

Em conclusão, ao afastar indevidamente os instrumentos de participação e de garantia dos direitos indígenas, o v. Acórdão nega vigência ao artigo 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, bem como aos artigos 231 e 232 da Constituição Federal.

4.2 Da contrariedade ao artigo 37, inciso I e II, da Constituição Federal

A Constituição da República de 1988 permite ao Poder Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, impedindo atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante as nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público (CF, art. 37, *caput*).

Nestes termos, insta lembrar que todos os atos administrativos contam com os mesmos elementos, a saber, sujeito, objeto, **forma**, motivo e finalidade, sejam estes vinculados ou discricionários.

No caso vertente, há mácula no ato administrativo praticado – e corroborado pelo v. Acórdão do TRF3 - justamente porque a sua **forma**, isto é, a sua compatibilização com o ordenamento jurídico **não foi observada**, posto que não realizada a consulta prévia, requisito procedimental para a produção do ato, ferindo-se, assim, o comando do art. 37, da Constituição Federal¹⁸.

A observância da formalidade da consulta prévia, livre e informada é um **limite específico à discricionariedade** do administrador em relação às comunidades indígenas, em razão de suas particularidades, não havendo que se falar que a sua realização fere o quesito “confiança” entre a administração e o nomeado, a que alude o art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal.

¹⁸ 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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Nesse aspecto, o art. 37, II, da CF e o art. 6º da Convenção n. 169 da OIT são perfeitamente conciliáveis, bastando que a pessoa discricionariamente indicada para o cargo seja, também, aceita em consulta prévia com os povos indígenas interessados.

Assim, não há como se argumentar pela existência de discricionariedade administrativa ou legitimidade política para afastar a aplicação do direito à consulta prévia, pois mesmo os atos puramente políticos e discricionários encontram baliza tanto nos dispositivos constitucionais, convencionais e legais, no efetivo respeito aos direitos fundamentais.

5. Pedido

Pelo exposto, o **Ministério Público Federal**, respeitosamente, requer a admissão do presente Recurso Extraordinário a **conhecimento e, ao fim, seu provimento**, para que esse Egrégio Supremo Tribunal Federal reforme a decisão prolatada pela 1ª Vara Federal de São Vicente/SP a fim de que seja suspenso, liminarmente, os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.915, de 21/11/2019), bem como os efeitos do ato de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para exercer o cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio (Portaria MJSP n. 1.916, de 21/11/2019), com a conseqüente reintegração imediata de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter, diante da ausência de consulta e consentimento livre, prévio e informado dos indígenas, tudo conforme já demonstrado nessas razões.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

(assinado digitalmente)

MARIA LUIZA GRABNER
PROCURADORA REGIONAL DA REPÚBLICA

DPM