28/07/2020

Número: **1025477-27.2020.4.01.3400**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**
Órgão julgador: **13ª Vara Federal Cível da SJDF**
Última distribuição : **28/04/2020**
Valor da causa: **R$ 10,00**
Assuntos: **Direitos Indígenas, Inconstitucionalidade Material**
Segredo de justiça? **NÃO**
Justiça gratuita? **SIM**
Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
COMISSAO GUARANI YVYRUPA (IMPETRANTE)	ANDRE HALLOYS DALLAGNOL (ADVOGADO)
PRESIDENTE DA FUNDACAO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI (IMPETRADO)	
FUNDACAO NACIONAL DO INDIO (IMPETRADO)	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)	

Documentos			
Id.	**Data da Assinatura**	**Documento**	**Tipo**
280226367	27/07/2020 00:55	Sentença Tipo A	Sentença Tipo A

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

Seção Judiciária do Distrito Federal

13ª Vara Federal Cível da SJDF

SENTENÇA TIPO "A"
PROCESSO: 1025477-27.2020.4.01.3400
CLASSE: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (119)
IMPETRANTE: COMISSAO GUARANI YVYRUPA
Advogado do(a) IMPETRANTE: ANDRE HALLOYS DALLAGNOL - PR54633

IMPETRADO: PRESIDENTE DA FUNDACAO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, FUNDACAO NACIONAL DO INDIO

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado por **COMISSÃO GUARANI YVYRUPA** contra **PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO - FUNAI**, objetivando, liminarmente, "*acesso imediato externo integral sem limite de prazo, a todos os processos administrativos relacionados as comunidades guaranis presentes no sistema SEI/FUNAI que venham a ser solicitados pela Comissão Guarani Yvyrupa (CGY) por meio do sistema e-SIC. Alternativamente, que conceda a impetrante acesso imediato externo integral sem limite de prazo aos 158 (cento e cinquenta e oito) processos solicitados, mencionados nos autos*".

Narra, em apertada síntese, ter, em 04/12/2019, requerido vista processual de 158 processos administrativos em tramitação na FUNAI, através do sistema SEI, referentes à demarcação de terras indígenas tradicionalmente ocupadas pelo povo Guarani, conforme protocolo de n. 08850006864201954.

Relata que, em 03/01/20, a autoridade impetrada indeferiu o acesso a 150 processos, ao argumento de se tratar de pedido "*desproporcional e desarrazoado*", na forma da Portaria n. 982/PRES/2016. Aduz, ainda, que, quanto aos oito processos deferidos, o acesso foi limitado a 10 (dez) dias.

Sustenta violação ao direito à informação, nos termos da Lei 12.527/11.

Inicial instruída com procuração e documentos.

Exame da liminar postergado (Id. 233158985 - fl. 176).

Informações prestadas sob Id. 255023390 - fls. 187/205, suscitando, em preliminar, ilegitimidade passiva, ilegitimidade ativa e ausência dos pressupostos processuais. No mérito, roga pela denegação da segurança.

Parecer ministerial pela concessão da segurança (Id. 268373864 - fls. 225/237).

Éo relatório.

DECIDO.

Das preliminares

Ilegitimidade ativa

Infere-se do estatuto social que a Comissão impetrante é constituída como associação indígena Guarani, tendo por objetivo defender os interesses coletivos do povo guarani e seus direitos territoriais garantidos pela Constituição Federal e pelas Convenções internacionais (fls. 61/71), bem como a defesa em juízo de direitos coletivos da comunidade em questão (art. 4º, IX), na esteira da previsão constante do art. 232 da Constituição Federal.

Desse modo, versando os processos sobre demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pela comunidade indígena Guarani, legitima é a atuação da associação impetrante.

Destaco, aliás, que **a própria FUNAI, ao conceder vista de alguns processos à entidade impetrante, pelo prazo de 10 dias, reconhece a legitimidade da impetrante para a promoção da defesa da citada comunidade**.

Ilegitimidade passiva

Sem razão a impetrada, eis que, sendo autoridade hierarquicamente superior e promovendo a defesa do ato administrativo ora impugnado, aplica-se a chamada teoria da encampação (STJ - MS 21.041/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 19/12/2018).

Ausência de pressupostos processuais

A preliminar em questão se confunde com o mérito e em seu contexto será apreciada.

Mérito

Após o regular trâmite do *mandamus,* passo ao julgamento da lide, na forma do art. 12, parágrafo único da Lei n.º 12.016/2009.

A impetrante pretende ter acesso prévio e irrestrito a processos administrativos instaurados pela impetrada objetivando a demarcação de terras indígenas ou de alguma forma relacionados a assuntos que afetam diretamente direitos e interesses do povo Guarani.

De início, importa consignar que não procede a alegação de que "*a lei garante à Administração o direito de restringir o acesso a processos administrativos até a edição de ato ou decisão administrativa (restrição de acesso), o que evidencia a impossibilidade jurídica do pedido na inicial*" (informações da autoridade impetrada - ID Num. 255023391 - Pág. 6).

Sobre o tema, importante consignar que a questão discutida nos autos guarda direta relação com os direitos consagrados no art. 231 e nos incisos XXXIII (direito de informação) e XXXIV, "a" (direito de petição), do art. 5º, todos da Carta Constitucional.

No plano infraconstitucional, relevante notar aparente antinomia entre o disposto no art. 46 da Lei nº 9.784/99 (Lei do processo administrativo federal) e o quanto estabelecido no 7º, § 3º, da Lei nº 12.527/2011 (chamada Lei do acesso à informação):

> *Lei 9.784/1999*
>
> *Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*
>
> *Lei 12.527/2011*
>
> *Art. 7º § 3 O direito de acesso aos documentos ou às informações o neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

Tal o panorama, os dois dispositivos - como, de resto, os dois diplomas legais - devem ser examinados na perspectiva da necessária materialização dos preceitos constitucionais citados.

Assim é que, em se tratando de norma que limita ou condiciona o exercício do direito - constitucionalmente assegurado - de amplo acesso às informações pelos interessados, "*ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*" (CF, art. 5º, XXXIII), o art. 7º, §3º da Lei de Acesso à Informação deve ser interpretado restritivamente e, por certo, em harmonia com o disposto no art. 46 da Lei 9.784/1994, que assegura vista dos processos e a obtenção de "*certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram*".

Fixada a premissa, a aparente antinomia entre os dispositivos legais, a meu juízo, deve ser solucionada a partir da distinção necessária de abrangência entre os diplomas.

De efeito, enquanto a Lei 12.527/2012 tem aplicação abrangente e geral, alcançando o direito consagrado a todo e qualquer cidadão de acessar informações (de seu interesse particular ou não), o art. 46 da Lei nº 9.784/99 - diploma que estabelece as regras gerais do processo administrativo federal - traduz regra que incide sobre a instrução e julgamento de **processos que tramitam a pedido ou no interesse específico de administrado**, no bojo do qual, **em razão da pertinência subjetiva com o objeto do processo, devem ser especialmente observados também os princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios estes intimamente relacionados, no caso específico dos povos indígenas, ao exercício do direito à consulta prévia, livre e informada quanto a decisões aptas a afetar interesses das comunidades.** A este respeito, importa citar os seguintes preceitos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho:

> *Artigo 2º*
>
> *1. **Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade**.*
>
> *2. Essa ação deverá incluir medidas:*
>
> *a) que **assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população**;*
>
> *b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;*
>
> *c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.*
>
> *(...)*
>
> *Artigo 5º*
>
> *Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:*
>
> *a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;*
>
> *b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;*
>
> *c) **deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho**.*

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.

Artigo 7º

1. ***Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente****.*

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, ***com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram****. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.*

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. ***Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam****.*

Nesse cenário, os direitos à consulta - prévia, livre e informada - e à participação dos povos indígenas nos processos decisórios a eles concernentes, assim, são instrumentos imprescindíveis ao exercício dos demais direitos consagrados a esses grupo pela Constituição Federal, pelas leis e por tratados internacionais.

A este propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença proferida em 27 de junho de 2012 (*Mérito e Reparações*), no caso *POVO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. EQUADOR,* assim consignou:

> *166. A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, está em* ***relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (artigo 1.1)****.* ***Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos****.* ***O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria****. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia,* ***de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas****.*

Aos povos indígenas potencialmente afetados por decisões governamentais, portanto, são asseguradas consulta e efetiva participação nos processos de elaboração das soluções decisórias, cabendo ao Poder Público propiciar "***canais de diálogo sustentáveis, efetivos e confiáveis***" com os grupos interessados, aptos a assegurar um **diálogo intercultural profícuo e aberto**.

Revela-se, portanto, completamente despropositada a iniciativa da FUNAI de tratar a Comissão impetrante como "terceira interessada" nos processos envolvendo direitos da coletividade Guarani, eis que os povos indígenas defendidos pela entidade, evidentemente, são efetiva e diretamente interessados no desenlace dos procedimentos.

Nesse contexto, há de se concluir que a restrição constante do art. 7º, §3º pela Lei de acesso à informação, evidentemente, não é oponível aos povos indígenas quanto aos processos relacionados a direitos e interesses a eles afetos, destinando-se, como regra, a todo e qualquer cidadão, relativamente a informações e documentos a que pode ter acesso em razão de sua condição de cidadania, independentemente de demonstração de interesse ou pertinência subjetiva específica com determinada questão.

Enfatizo que a regra encartada no art. 46 da Lei 9.784/1999, a seu turno, tem aplicação nas hipóteses de tramitação de demandas deflagradas em razão de interesse

específico, cuja resolução se mostra capaz de afetar a sua esfera de direitos e interesses específicos, circunstância que atrai a caracterização, para os fins do art. 5º, LV, da Constituição Federal, de "*litigante*", a quem se assegura "*o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Éexatamente este o caso dos autos, eis que a entidade impetrante, comissão que mobiliza e reúne outras associações promotoras da defesa dos interesses das comunidades guaranis, é, como acentuado acima, efetiva e diretamente interessada nos desfechos dos processos pertinentes às terras tradicionalmente ocupadas por esses povos indígenas.

Na mesma senda, a restrição temporal de acesso também se apresenta inadequada, eis que impõe inequívoco embaraço ao pleno exercício das prerrogativas inerentes aos direitos consagrados nos artigos 2º, 5º, 6º e 7º da Convenção 169 da OIT e no art. 231 da Constituição Federal, por indevidamente obstaculizar o acesso direto e ágil - indispensável à promoção dos direitos - à atividade produzida no curso dos processos administrativos relacionados aos direitos e interesses dos povos indígenas.

Por derradeiro, não vislumbro qualquer prejuízo à Administração caso se assegure a providência requerida, eis que não importa em instauração de novas fases processuais, sendo apenas medida que autoriza prévio contato com documentos e expedientes gerados em processo de interesse das comunidades defendidas pela impetrante.

Da liminar

A probabilidade do direito vindicado resta amplamente circunstanciada pelos fundamentos acima declinados.

O *periculum in mora,* a seu turno, deriva dos riscos decorrentes da indevida privação de acesso aos autos de interesse das comunidades indígenas, capaz de comprometer a ativa e efetiva participação desses povos.

Ressalvo, todavia, que será fixado prazo para cumprimento compatível com a situação de alegado déficit de servidores e de excesso de demandas.

Dispositivo

Tais as razões, **CONCEDO A SEGURANÇA** vindicada (art. 487, I, do CPC), para determinar à impetrada que conceda à entidade impetrante, desde que haja requerimento, acesso a todos os processos administrativos em curso na FUNAI que tenham por objeto direitos e interesses dos povos indígenas Guarani, sem qualquer limite temporal.

DEFIRO, outrossim, o pedido de medida liminar, para determinar que a autoridade impetrada conceda à impetrante, **em até 30 dias,** desde que haja requerimento, acesso aos processos administrativos que tenham por objeto direitos e interesses povos indígenas Guarani em curso na FUNAI, sem limite temporal.

Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

Intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Brasília-DF, 24 de julho de 2020.

MARCOS JOSÉ BRITO RIBEIRO

Juiz Federal Substituto