

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998.04.01.054349-4/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
APELANTE : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

D.E.

Publicado em 10/07/2007

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA SERRINHA. ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 67 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ARTIGO 1º DO DECRETO N.º 1.755/1996.

1. O processo em tela trata de obrigação de fazer. Que pelo princípio da discricionariedade administrativa estaria reservado ao Poder Público, no caso em concreto a União e a FUNAI.

2. Porém, em não cumprindo no prazo estipulado pelo art. n.º 67 do ADCT, que fixou em 5 anos para que o Poder Público promover a demarcação, não há mais que se falar no princípio da discricionariedade, cabendo assim o controle judicial, para justificar a inação.

3. No que se refere a multa aplicada à FUNAI, ela tem caráter coercitivo e não caráter econômico, a fim de que cumpra a obrigação de fazer, não havendo caráter indenizatório.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento aos apelos, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de maio de 2007.

Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER

Nº de Série do Certificado: 42C5154A

Data e Hora: 02/07/2007 13:23:27

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998.04.01.054349-4/RS

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
APELANTE : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de apelações da União e da Funai, tendo em vista a sentença que julgou procedente (fls. 420 e segs.) a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, condenando os ora apelantes a realizarem a demarcação da Terra Indígena Serrinha, com 11.950 ha, determinando que os trabalhos se iniciem em trinta dias a contar da intimação da sentença. Em caso de descumprimento, houve a condenação à multa diária equivalente a R\$ 700,00, exigível após o trânsito em julgado da sentença. Sentença de lavra do Eminentíssimo Juiz Federal Luiz Carlos Cervi, datada de 20.02.1998. Autos distribuídos ao Gabinete do Eminentíssimo Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde em 26 de agosto de 1998. Em 2 de agosto de 2004 compareceu o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, dizendo-se titular do direito real de hipoteca do lote rural 252, Segunda Seção Alto Recreio, Ronda Alta, local denominado Santo Antônio da Serrinha, hipoteca havida em uma operação de financiamento com entrega de R\$ 300.000,00 em recursos públicos nas mãos de Francisco Antônio Sabadim (fl. 531).

Autos sem impulso até 9 de agosto de 2006 (fl. 564), ocasião em que remetidos ao Ministério Público Federal. Em 23.08.2006, retornados com parecer da mesma data (fl. 566), em que entende o douto órgão ministerial juridicamente irrelevante a postulação do BRDE, mas se manifesta pelo deferimento de carga dos autos e após retorno para a nova manifestação.

É o relatório.

VOTO

Início pela petição acostada pelo Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, que é destituída de relevância fática e jurídica em face dos termos da Ação Civil Pública que pretende apenas compelir os réus a demarcar as terras indígenas da Serrinha, mera obrigação de fazer em face do disposto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, artigo 67 da ADCT e Decreto nº 1.755/1996, artigo 1º, não havendo postulação sobre o domínio ou posse da aludida terra indígena. Trata-se de apenas 7,5 ha em 11.950 ha que constituiriam a Terra Indígena, e a hipoteca é de apenas parte do lote (fls. 562-563) e a propriedade, segundo a perícia, está sendo ocupada por silvícolas, indígenas, que exploram a pecuária extensiva. Os financiados residem em Carazinho.

Eis os fatos, que de pronto fazem por afastar a postulação de "vista" por quem não é parte e que pelo menos, desde a perícia de 2004, produzida pelo próprio BRDE na execução que move ao tomador do empréstimo, tem conhecimento inequívoco da situação. Por fim, reiterando, a ação não veicula pretensão possessória ou restituitória na demarcação da área, quando então e, conclusivamente, se fará a exata dimensão e confrontações da Terra Indígena.

Prossigo enfrentando a tese da União em sua apelação no sentido de que as medidas necessárias de demarcação situam-se na esfera de discricionariedade da Administração. No momento do ajuizamento da ação não seria oportuno, pois o Estado do Rio Grande do Sul assentou ali, em 1911, famílias de agricultores não-índios.

Não pode o Judiciário interferir no juízo discricionário sobre o momento de fazê-lo sem considerar a questão orçamentária. A Funai sustenta no apelo que a multa é injusta, pois os índios do extinto Toldo Serrinha já estariam alojados em áreas devidamente

cadastradas e indenizadas pela Funai. Não há recursos para indenização e a Funai não pode prosseguir à míngua de recursos.

A tese sustentada em 1998, sobre a ausência de recursos e exigüidade de prazo para a realização da demarcação, no momento, passados quase dez anos, perderam a relevância.

Há que se lamentar a demora na definição judicial da controvérsia e por amor à brevidade a fundamentação será resumida.

Não há controvérsia sobre a matéria de fato. A área em questão é da União e isto é reconhecido na contestação. A respeitável sentença é meramente declaratória, pois a Constituição Federal de 1988, no artigo 231, § 6º, encarregou-se de nulificar os títulos de propriedade existentes sobre a área, transcrevo o artigo, *in verbis*:

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

[...].

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

A controvérsia não é sob a titularidade da área que é da União, *ex vi*, Constituição Federal de 1988, artigo 20, inciso XI, *in verbis*:

"Art. 20. São bens da União:

[...].

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

No que se refere à discricionariedade administrativa que estaria reservada à União e à Funai em fazer a demarcação, bem como eleger o momento oportuno, a discricionariedade não mais existe. Expirou o prazo dado pelo constituinte originário fixado no artigo 67 do ADCT. O prazo de cinco anos a partir de outubro de 1988 de há muito está escoado e apenas dentro do aludido prazo haveria discricionariedade, o que se poderia cogitar como discricionário até 1993, de lá para cá revela omissão administrativa que contraria expresso preceito constitucional. Não tendo a União e a Funai cumprido o que a Constituição estatui, submete-se ao controle judicial, vedado, então, para justificar a inação, alegar inconveniência, face à norma paramétrica do artigo 67 da ADCT.

No que se refere à multa, objeto do recurso da Funai, ela tem função coercitiva, coação de caráter econômico, a fim de que cumpram a obrigação de fazer, não havendo caráter indenizatório.

Transcrevo, para concluir, citação feita nas contra-razões do Ministério Público Federal, subscrita pelos Procuradores da República Luciano Feldens e Juarez Mercante, que reproduzem parte do voto do Ministro Victor Nunes Leal no RE nº 44.585, *in verbis*:

"Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. (...) Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo. (...) Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado as diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outras dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas (Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, pp. 360/361, *in O Domínio da União sobre as Terras Indígenas*, Ministério Público Federal, Brasília, 1988 - *Contestação apresentada pela União Federal na Ação Cível Originária nº 362*)".

Ante o exposto, voto por negar provimento aos apelos.

É o voto.

Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER

Nº de Série do Certificado: 42C5154A

Data e Hora: 02/07/2007 13:23:24
