



Ministério Público Federal
Procuradoria da República em Mato Grosso
Ofício de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA ___ VARA FEDERAL DA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MATO GROSSO**

“A necessidade de proteção ‘oficial’ das terras, que surge assim dos conflitos, cujos primeiros registros datam da primeira metade do século XVIII, é enfatizada, a partir de finais do século XIX, com a fundação da colônia Teresa Cristina e Isabel (1886), que passa, logo depois, a ser dirigida pelos salesianos.

(...)

*Os salesianos puderam testemunhar pessoalmente aquilo que ouviam de regionais e tropas do governo, com relação à coragem demonstrada pelos bororos na defesa de suas terras.” (NOVAES, Sylvia Caiuby. **Jogo de espelhos**. São Paulo: EDUSP, 1993. p. 126)*

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República que ao final subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, bem como nos artigos 2º e 6º, VII, *a* e *c*, ambos da Lei Complementar nº 75/93, e nos artigos 1º, 2º, 5º e 21, todos da Lei nº 7.347/85, c/c art. 81 da Lei nº 8.078/90, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA,
COM PEDIDO DE LIMINAR**

em face da **FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO**, pessoa jurídica de direito público interno, representada pelo Procurador-Chefe neste Estado, com endereço para

citação na Rua 08, Quadra 15, Centro Político Administrativo, CEP 78.049-025, Cuiabá/MT, e da **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Advocacia-Geral da União no Estado, cujo endereço é Av General Ramiro de Noronha Monteiro, nº 294, Jardim Cuiabá, Cuiabá /MT, Cep: 78043-180, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I – DO OBJETO

A presente demanda tem por objetivo a condenação da FUNAI e da UNIÃO a que procedam à conclusão do processo administrativo de identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena Tereza Cristina, situada no Município de Santo Antônio do Leverger, ocupada tradicionalmente pela etnia Bororo.

II – HISTÓRICO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA TEREZA CRISTINA

O Ministério Público Federal (MPF) instaurou o **Inquérito Civil Público n. 08100.029619/97-68¹**, com objetivo de acompanhar o processo administrativo de identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena Tereza Cristina, etnia Bororo, situada no município de Santo Antônio de Leverger/MT, com vistas à futura demarcação.

O sobredito Inquérito Civil Público foi instaurado a partir de memorando encaminhado pela Coordenação Geral de Projetos Especiais à Diretoria de Assuntos Fundiários da FUNAI, o qual remeteu o Relatório de Identificação da área indígena Tereza Cristina e anexos para fins de apensamento ao Processo n. 0344/94, que contém o levantamento fundiário das fazendas incluídas na proposta de reestudo dos limites da área indígena em questão.

No referido ICP, às **ff. 03-49²**, consta o **estudo antropológico** elaborado no bojo dos trabalhos de redefinição dos limites da área indígena Tereza Cristina, parte do Território Tribal Bororo, localizada nos municípios de Rondonópolis/MT e Santo Antônio do Leverger/MT. Tais trabalhos tiveram início em razão dos **reduzidos limites fixados pela demarcação realizada em 1976 sob a supervisão da FUNAI**.

1 Anexo.

2 Id 6521898.

Nesse ponto, calha transcrever importante trecho do **estudo antropológico** supramencionado (ff. 03-04):

Este estudo antropológico tem por objetivo fundamentar a redefinição dos limites da área indígena Tereza Cristina, parte do Território Tribal Bororo, localizada nos municípios de Rondonópolis e Santo Antônio do Leverger – Estado de Mato Grosso.

Com base no Decreto n° 22/91, que regulamentou o processo de demarcação das terras indígenas, a FUNAI constituiu um grupo de trabalho para proceder aos estudos de campo visando à elaboração de uma proposta de limites que traduza as reivindicações dos Bororo e observe seus direitos, conforme os preceitos contidos na Constituição de 1988.

O Grupo de trabalho compôs-se de técnicos do órgão indigenista, agrônomo, agrimensor e antropóloga coordenadora, além de um técnico agrícola representante do INCRA convocado para a realização do levantamento fundiário e aplicação do laudo de vistoria e avaliação das benfeitorias de uma das fazendas encravadas nos limites da área indígena.

A antiga Colônia Indígena Tereza Cristina foi demarcada em 1896 pelo engenheiro militar Cândido Rondon; a superfície total era de 65.923 ha, parcela reduzida do habitat dos Bororo do vale do São Lourenço.

Dos 65.000 ha. destinados aos Bororo pelo Governo Provincial e demarcados por Rondon, 30.000 ha. já foram usurpados dos índios em razão da política fundiária sabidamente fraudulenta do Estado membro – atos arbitrários, contrários aos interesses da União, que comprometeram sobremaneira o direito do povo Bororo à terra.

A demarcação atual, realizada em 1976, sob a supervisão da FUNAI, veio concretizar o processo de expropriação territorial dos Bororo, estimulado pelos governantes do Estado de Mato Grosso a partir da década de 50: a superfície atual é de 25.694 ha.

Sob a proteção de decretos e leis – estaduais, federais, inconstitucionais³, consolidaram-se as invasões nas terras destinadas aos Bororo em fins do século passado. A área de terras demarcada por Rondon, no entanto, jamais deixou de ser referência dos índios e objeto permanente de suas reivindicações.

Sem esperança de recuperar, pela via administrativa, a área original da antiga Colônia, os Bororo, contudo, estão dispostos a resolver o problema fundiário da área Indígena Tereza Cristina com a solução de três casos de invasão, desdobramentos das arbitrariedades perpetradas pelo Estado nos anos 50.

(...)

A presente proposta de limites observa rigorosamente as reivindicações mais prementes dos Bororo pela solução dos problemas fundiários da área Indígena Tereza Cristina.

O órgão indigenista (SPI e FUNAI, desde sua criação em 1967), por pressões políticas mais do que por incúria, só em 1992, ao constituir este Grupo de Trabalho (PP n° 1.708 de

3 Inconstitucionais segundo todas as Constituições Republicanas.

18/11/92) num momento de relativa autonomia frente ao domínio de interesses outros que não dos índios, vem servir como elemento de justiça, reconhecendo o direito originário dos Bororo sobre as terras necessárias a sua sobrevivência.

À f. 52⁴ consta a **Portaria n. 299**, de 17.05.1996, por meio da qual restou declarada a Terra Indígena Tereza Cristina, com a **consequente determinação para que a FUNAI promovesse a demarcação administrativa da TI, para posterior homologação.**

No entanto, **em razão do desrespeito ao procedimento imposto pelo Decreto n. 1.775/1996, referida Portaria foi anulada no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do mandado de segurança n. 4.693, ocorrido em 08/10/1997. Assim, a demarcação foi suspensa, restando determinado que o processo administrativo retornasse à fase das publicações previstas no artigo 2º, §7º, do citado Decreto (vide ff. 66-85 do ICP⁵).** De fato, exsurge dos autos que o contexto de tais acontecimentos seria a suposta negociação entre a comunidade indígena, a FUNAI e um dos fazendeiros da região, os quais transacionavam sobre parcela do território tradicional (vide perícia de ff. 54-62⁶ e documento de ff. 147-148⁷).

Ante tais fatos, **o Ministério Público Federal recomendou (ff. 149-51⁸) à FUNAI que revisasse todo o procedimento atinente à demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina, a fim de recuperar o território anteriormente pertencente ao povo Bororo, sem prejuízo do que já estava demarcado.** Foi recomendada, ainda, a apuração de responsabilidade de Idevar José Sardinha, então administrador regional da FUNAI, em razão da intermediação do acordo com o proprietário da fazenda Sol Poente.

À f. 208⁹, na data de 05/05/1998, sobreveio informação da FUNAI, em resposta à **Recomendação expedida, indicando que foi determinada a anulação dos estudos de identificação e delimitação da TI, de modo que novos estudos deveriam ser realizados.**

4 Id. 6521908.

5 Idem.

6 Idem.

7 Id. 6521972.

8 Id. 6521972 e Id. 6521975.

9 Id. 6521981.

Posteriormente, a FUNAI informou (f. 230¹⁰), já em 28/09/2001, que os novos estudos da TI não tinham sido realizados, porquanto estava sendo avaliado o possível aproveitamento do relatório já existente.

Em 24 de julho de 2002, a FUNAI informou que o Departamento de Identificação e Delimitação havia dado início a procedimento administrativo para a contratação de serviços do Professor Paulo Marcos Noronha Serpa visando à realização de Levantamento Prévio da Terra Indígena (f. 240¹¹).

Em 27 de março de 2003, a Fundação remeteu novo ofício (f. 243¹²), informando que o estudo de identificação e delimitação da Terra Indígena Tereza Cristina não fora iniciado em razão de pendências relativas à forma de contratação do antropólogo que coordenaria o grupo técnico.

Às ff. 245-7¹³ foi juntada representação que, em um de seus pontos, versa sobre a cronologia da TI em questão.

Em 16 de junho de 2005, foi realizada reunião com representantes da etnia Bororo, os quais requereram a conclusão pela FUNAI do procedimento de revisão de diversas Terras Indígenas, dentre elas a Tereza Cristina. Com isso, o Ministério Público Federal requereu o encaminhamento de cópia integral de todos os processos de revisão das TI Bororo (f. 249¹⁴), não havendo nos autos registro de resposta à solicitação.

Em 19 de agosto de 2010, os representantes da etnia Bororo mais uma vez demonstraram sua insatisfação com a falta de solução para a situação da TI, solicitando providências (f. 254¹⁵).

Em razão da inexistência de dados atualizados, foram novamente requisitadas informações à FUNAI, em 14 de setembro de 2010 (f. 260¹⁶). A solicitação foi respondida apenas em 19 de abril de 2012, informando que a realização dos novos estudos de

10 Id. 6521981.

11 Idem.

12 Idem.

13 Idem.

14 Idem.

15 Id. 6521984.

16 Idem.

limites da TI constava no planejamento para o primeiro semestre do exercício, bem como que o Grupo Técnico seria coordenado por profissional de seus quadros.

Em abril de 2013 aportou aos autos informações da FUNAI de que foram realizados os estudos de natureza etnohistórica, antropológica, ambiental e cartográfica necessários à identificação e delimitação da Terra Indígena Tereza Cristina e que o respectivo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) estava em fase de elaboração (f. 278¹⁷). **Três anos depois, em março de 2016**, a FUNAI informou novamente que o RCID ainda não havia sido elaborado (ff. 286-8¹⁸).

Em resposta às últimas diligências empreendidas pelo MPF, a FUNAI apresentou, em **setembro de 2017**, informações acerca do processo de identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena Tereza Cristina (ff. 297-8¹⁹), em especial, que **(a) o procedimento trata de ampliação de terra indígena já regularizada, o que é vedado pelo Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19.07.2017, que tornou vinculante a toda Administração Pública Federal o conteúdo do acórdão proferido no julgamento da PET 3388/RR, referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol; que (b) atualmente a Diretoria de Proteção Territorial está se organizando para analisar os procedimentos em curso que envolvem ampliação de terra indígena já demarcada no intuito de identificar a existência de vícios processuais no procedimento demarcatório anterior; e que (c) o já citado parecer da AGU traz, ainda, entendimento firmado pelo STF sobre o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração Pública possa rever seus atos, de maneira que a FUNAI aguarda orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do Parecer 001/AGU/2017, como é o caso da TI Tereza Cristina.**

Finalmente, em **abril de 2018**, a FUNAI encaminhou documento que, em suma, informa que vários questionamentos foram suscitados após a edição do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU²⁰, uma vez que este não explicita questões que deixam margem para obscuridades, dúvidas e omissões, tendo havido questionamentos por parte das Coordenações Gerais da Diretoria de Proteção Territorial-DPT, encaminhadas para

17 Id. 6521984.

18 Idem.

19 Id. 6521989.

20 Id. 6522277.

Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, com o fito de esclarecê-las e dar orientações sobre como proceder. Assim, mesmo depois de mais de **20 anos da instauração do Inquérito Civil Público n. 08100.029619/97-68**, mesmo diante de todo o ocorrido, até o presente momento não houve retorno, de modo que a DPT, ao que tudo indica, continua aguardando orientações sobre como proceder (ff. 303-4²¹).

III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNAI E DA UNIÃO

As diretrizes do processo administrativo de demarcação das terras indígenas estão definidas na Lei n. 6001, de 19/12/1973 – Estatuto do Índio, bem como no Decreto n. 1.775, de 08/01/1996. Essa a legislação infraconstitucional que atribui à FUNAI o papel de tomar iniciativa, orientar e executar a demarcação dessas terras.

O procedimento atual para a identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de terras indígenas está estabelecido e balizado no Decreto n. 1.775/96, que “*dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas*”, definindo claramente o papel do órgão federal indigenista, as diferentes fases e subfases do processo, bem como assegurando transparência ao procedimento, por meio de sua publicidade.

Note-se que as regras do Decreto n. 1.775/96 já foram “declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa”, como ressaltado no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009).

Registre-se que o procedimento administrativo para a reserva de terras destinadas à proteção de grupos indígenas, previsto no art. 26 da Lei n. 6.001/73, conta com rito diferente do aplicado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios estabelecido pelo Decreto n. 1.775/96.

Os critérios para se identificar e delimitar uma terra indígena, que é realizado por um grupo de técnicos especializados, estão definidos no Decreto n. 1.775/96 e na

21 Id. 6521989.

Portaria n. 16/MJ, de 09/01/1996, a qual estabelece “regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas”.

O início do processo demarcatório se dá por meio da **identificação e delimitação**, quando é constituído um grupo técnico de trabalho, composto por técnicos da FUNAI. A comunidade indígena é envolvida diretamente em todas as subfases da identificação e delimitação da terra indígena a ser administrativamente reconhecida. O grupo de técnicos faz os estudos e levantamentos em campo, centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis, para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada, resultado que servirá de base a todos os passos subsequentes.

O **resumo do relatório é publicado** no Diário Oficial da União, Diário Oficial do Estado federado de localização da área, por meio de um despacho, sendo cópia da publicação afixada na sede municipal da comarca da situação da terra estudada.

Os estudos antropológicos e os complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário, deverão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme os preceitos constitucionais, e apresentar elementos visando à concretização das fases subsequentes à regularização total da terra. É com base nestes estudos, que são aprovados pelo Presidente da FUNAI, que a área será declarada de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, **por ato do Ministro da Justiça – Portaria Declaratória publicada no Diário Oficial da União** – reconhecendo-se, assim, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro.

Destaque-se o regramento estabelecido no Decreto n. 1.775/96, de forma didática, com suas fases e prazos:

FASE	MOMENTO
1. Estudos de Identificação	Elaboração de relatório
2. Aprovação do relatório pela FUNAI	Publicação em 15 dias
3. Contraditório	Até 90 dias após a publicação do relatório pela FUNAI
4. Encaminhamento do processo administrativo de demarcação pela FUNAI ao Ministério da Justiça	Até 60 dias após o encerramento do prazo previsto no item anterior.

5. Decisão do Ministério da Justiça	Até 30 dias após o recebimento do procedimento. Possibilidade de edição de portaria <u>declaratória dos limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.</u>
6. Homologação mediante decreto da Presidência da República	
7. Registro	Até 30 dias após a homologação

Do exposto, extrai-se que à Funai cabe a condução do processo de demarcação, cabendo à União, nos termos do § 10º do artigo 2º do Decreto n. 1.775/96, por meio do Ministro de Justiça, declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.

Portanto, de todo o exposto, não restam dúvidas quanto à legitimidade tanto da **Funai** quanto da **União** para compor o polo passivo da presente demanda, na qual, vale repetir, busca-se a conclusão do processo administrativo de identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena Tereza Cristina.

IV – DA MORA DO ESTADO BRASILEIRO NO CASO CONCRETO

A Constituição, como se sabe, estabelece a duração razoável do processo como direito fundamental:

Art. 5. (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

E, especificamente no contexto de proteção da diversidade cultural e de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, quando prioriza a demarcação, o legislador constituinte fixou o prazo de 5 (cinco) anos para que a União concluísse os trabalhos (art. 67 do ADCT).

Ao mesmo tempo em que as normas constitucionais garantem o direito à duração razoável do processo e impõem ao Estado o dever de demarcar de modo célere as terras indígenas, o Decreto n. 1.775/96 traz o devido processo de demarcação, vinculado a avaliação técnica e seus respectivos prazos.

No caso em exame, verifica-se que foi determinada a **anulação dos estudos de identificação e delimitação da TI**, de modo que novos estudos deveriam ser realizados, **iniciando-se da estaca zero** (f. 208²²).

Em setembro de 2017, a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI informou que os estudos de natureza etno-histórica, antropológica, ambiental e cartográfica necessários à identificação e delimitação da terra indígena Tereza Cristina haviam sido autorizados por meio da Portaria n 1359/PRES, de 24/10/2012, bem como que a antropóloga-coordenadora do Grupo Técnico responsável pelos estudos de identificação e delimitação em comento havia entregado versão preliminar do relatório circunstanciado de identificação e delimitação em 2016. Ressaltou o órgão indigenista, ainda, que, para conclusão dos estudos nos termos da legislação vigente, se fazia necessária a realização da etapa de estudos complementares de natureza fundiária e cartorial, considerando-se o que preceitua a Portaria n. 2498/MJ/2014, que disciplina a participação dos entes federados nesta etapa do procedimento (f. 297v.).

Note-se, com isso, que o processo administrativo de demarcação se encontra, ainda, na fase 1, conforme quadro a seguir:

FASE	MOMENTO
1. Estudos de Identificação	Elaboração de relatório
2. Aprovação do relatório pela FUNAI	Publicação em 15 dias
3. Contraditório	Até 90 dias após a publicação do relatório pela FUNAI
4. Encaminhamento do processo administrativo de demarcação pela FUNAI ao Ministério da Justiça	Até 60 dias após o encerramento do prazo previsto no item anterior.
5. Decisão do Ministério da Justiça	Até 30 dias após o recebimento do procedimento. Possibilidade de edição de portaria <u>declaratória dos limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.</u>
6. Homologação mediante decreto da Presidência da República	
7. Registro	Até 30 dias após a homologação

Não bastasse isso, é importante consignar, ainda, que o processo demarcatório da TI Tereza Cristina encontra-se atualmente suspenso, posto que a

22 Id. 6521981.

Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI informou estar aguardando orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do Parecer 001/AGU/2017, como é o presente caso.

Ressalte-se, ainda, que o estudo sobre as terras em questão teve início em data anterior à promulgação da Constituição, de modo que a não observância dos prazos concernentes ao processo administrativo de demarcação e a sua ilegal paralisação só contribuem para o aprofundamento ainda maior da mora do Estado brasileiro em relação à comunidade indígena Bororo.

A propósito, cumpre observar que os prazos constantes do processo administrativo de demarcação (Lei n. 6.001/73 e Decreto n. 1.775/96) são especiais em relação àqueles previstos na Lei n. 9.784/99, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“A 1ª Turma desproveu recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão do STJ, que entendera legal o procedimento administrativo de demarcação de terras do grupo indígena Guarani Ñandéva. Ao rechaçar a primeira alegação, aludiu-se à jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de que o prazo de 5 anos para a conclusão de demarcação de terras indígenas não é decadencial, sendo a norma constante do art. 67 do ADCT meramente programática, a indicar ao órgão administrativo que proceda às demarcações dentro de um prazo razoável. No tocante à aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, asseverou-se que o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) seria legislação específica a regulamentar o mencionado procedimento administrativo. No ponto, salientou-se que esta afastaria a incidência de qualquer outra norma de natureza geral. Na seqüência, ressaltou-se inexistir ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, porquanto a recorrente manifestara-se nos autos administrativos e apresentara suas razões, devidamente refutadas pela FUNAI. Assentou-se, por fim, não haver que se falar em duplo grau de jurisdição em matéria administrativa. RMS 26212/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.5.2011. (RMS-26212)” (noticiado no Informativo nº 625) (grifei)

Ademais, a conduta omissiva das requeridas mostra-se flagrantemente inconstitucional, ferindo, neste aspecto, o disposto no art. 37, *caput*, da CF/88, não apenas no que diz respeito ao princípio correlato da legalidade, mas também aos princípios da

moralidade e da eficiência, pois o injustificado silêncio administrativo em lapso temporal tão dilatado estampa a verdadeira inoperância estatal.

Da mesma forma, a violação ao princípio da finalidade também é evidente!

Deveras, é sabido que o fim colimado pelo referido procedimento administrativo é exatamente a demarcação da terra indígena, dever da União estabelecido no *caput* do art. 231 da CF/88²³, que, por sua vez, visa justamente a oportunizar à comunidade beneficiária vida digna conforme os costumes e tradições²⁴ de um povo cultural e etnicamente diferenciado. Assim, a mora estatal, nessas circunstâncias, conflita diretamente com a finalidade estabelecida pelo legislador constituinte originário, notadamente quando este estabeleceu prazo quinquenal para a ultimação das demarcações, nos termos do acima referido artigo 67 do ADCT, prazo este há muito ultrapassado e sem previsão de conclusão.

Note-se, aliás, que a mora é tamanha a ponto de permitir afirmar que a FUNAI e a União não estão apenas atrasando, mas, sim, inviabilizando por completo o exercício de direitos – constitucionais – por parte dos indígenas.

Com efeito, se o objeto do procedimento administrativo de demarcação “*são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” e estas terras são “*as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*”, a demora no seu reconhecimento inviabiliza o exercício dos direitos mais essenciais pelos seus destinatários.

V – DA TUTELA JURISDICIONAL QUE SE BUSCA NA PRESENTE DEMANDA

Cumprе consignar que o Ministério Público Federal não pretende, aqui, interferir na conveniência e na oportunidade afetas ao crivo do administrador. E não o faz por duas razões. Primeiro, porque não há conveniência e/ou oportunidade a interferir, já que o ato

23 “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.”

24 “Art. 231. (...)”

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, **as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar** e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (grifei)

ora reivindicado é vinculado, e não discricionário. Com efeito, se o procedimento administrativo vem acompanhado de estudos antropológicos e históricos que apontam no sentido do reconhecimento da terra indígena, não pode a demarcação ser denegada por questões que não sejam técnicas. Todos os estudos anteriores são realizados por “antropólogo de qualificação reconhecida”, acompanhado por grupo técnico especializado que poderá solicitar auxílio à comunidade científica sempre que necessário. Vale lembrar, ainda, que a lei (Decreto n. 1.775/96) **vincula** a desaprovação da demarcação “ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição”.

A segunda razão é ainda mais singela: o Ministério Público Federal não requer judicialmente decisão administrativa neste ou naquele sentido, mas apenas decisão que encerre etapa do procedimento administrativo e permita o prosseguimento do feito até final declaração, ou não, mediante Portaria do Ministro da Justiça, dos limites da terra indígena. É claro que decisão denegatória há de ser devidamente motivada, autorizando, assim, a apreciação ou impugnação judicial das razões elencadas (teoria dos motivos determinantes).

Por tudo isso, e considerando que a omissão é evidente, que causa gravame às comunidades interessadas, semeando a insegurança e a incerteza, não há razão plausível para que o Judiciário deixe de emanar ordem e estancar tamanha inconstitucionalidade. Pelo contrário. Exatamente para situações como a destes autos o legislador constituinte estabeleceu que “nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída do Poder Judiciário” (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). O controle judicial dos atos administrativos é reconhecido pela unanimidade da doutrina e a constatação de que a hipótese em exame contempla um legítimo caso de silêncio administrativo (que é fato e não ato) nem por isso afasta o controle jurisdicional.

Dessa forma, a ordem compartimentalizada de remoção do ilícito atacado não alterará o panorama fático, visto que impulsionará o procedimento, mas não assegurará a observância dos prazos seguintes (também fixados em lei). Em poucas palavras: subsistirá a angústia, a precariedade, a apreensão e, sobretudo, permanecerão desatendidos os preceitos constitucionais que tutelam os povos indígenas. Logo, a proteção jurídica que se pretende nesta ação não se satisfaz com tutela de remoção do ilícito. É necessário, igualmente,

determinação judicial apta a garantir a adaptação do procedimento à legalidade, com o respeito à razoável duração do processo em todas as etapas do porvir.

Poder-se-ia argumentar, é verdade, que a decisão não pode abarcar possível e eventual silêncio administrativo ainda não ocorrido, em fases posteriores do procedimento.

Sucedo, contudo, que a mora diante da qual nos vemos caracterizou e marcou todo o presente feito administrativo de demarcação, recomendando, por esta razão, medida **inibitória** para que tais omissões não se repitam e os prazos – todos eles – sejam observados, tanto pela FUNAI como pela União, quando tocar a esta manifestar-se no feito.

Sobre a tutela preventiva, vale colacionar a doutrina de Luís Guilherme Marinoni, que defende ser a tutela inibitória voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito:

“A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória”²⁵

É a repetição do ilícito (mora), portanto, que alicerça o pedido do Ministério Público Federal em estender eventual mandamento judicial também à União, para que esta, por meio do Ministro da Justiça, observe fielmente os prazos legais e conclua, assim, o procedimento que se arrasta por mais de duas décadas.

Entenda-se: sem a atuação da União o processo não se ultima. Logo, como já salientado anteriormente, é ela parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, ainda que sobre ela recaia “apenas” ordem inibitória de prevenção do ilícito, eis que, até o momento, a mora pode ser atribuída tão-somente à FUNAI. Sob a ótica da instrumentalidade do processo, a tutela inibitória justifica-se sobremaneira.

Nesse panorama é que **o MPF requer provimento jurisdicional para que a FUNAI conclua a 1ª fase do processo de demarcação e permita o prosseguimento do feito sua conclusão, ocasião que encaminhará o processo ao Ministério da Justiça**. Por

25 *Tutela Inibitória*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 27.

fim, em caráter preventivo, requer que a União, por meio de seu Ministro da Justiça, igualmente cumpra o prazo estatuído no § 10º do artigo 2º do Decreto n. 1.775/96 e, assim, conclua o processo administrativo de demarcação da terra indígena Tereza Cristina.

Ressalte-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar em caso análogo e, ao fazê-lo, encampou toda a tese supracitada, fixando o prazo razoável de 24 (vinte e quatro) meses para a conclusão geral do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas:

“(…)

3. *A demarcação de terras indígenas é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O procedimento de demarcação de terras indígenas é constituído de diversas fases, definidas, atualmente, no art. 2º do Decreto 1.775/96.*

4. *Trata-se de procedimento de alta complexidade, que demanda considerável quantidade de tempo e recursos diversos para atingir os seus objetivos. Entretanto, as autoridades envolvidas no processo de demarcação, conquanto não estejam estritamente vinculadas aos prazos definidos na referida norma, não podem permitir que o excesso de tempo para o seu desfecho acabe por restringir o direito que se busca assegurar.*

5. *Ademais, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

6. *Hipótese em que a demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação da Terra Indígena Guarani está bem evidenciada, tendo em vista que já se passaram mais de dez anos do início do processo de demarcação, não havendo, no entanto, segundo a documentação existente nos autos, nenhuma perspectiva para o seu encerramento.*

7. *Em tais circunstâncias, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato administrativo discricionário relacionado à implementação de políticas públicas.*

“(…)

9. *Registra-se, ainda, que é por demais razoável o prazo concedido pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição para o cumprimento da obrigação de fazer — consistente em identificar e demarcar todas as terras indígenas dos índios Guarani situadas nos municípios pertencentes à jurisdição da Subseção Judiciária de Joinville/SC, nos termos do De-*

creto 1.775/96, ou, na eventualidade de se concluir pela inexistência de tradicionalidade das terras atualmente ocupadas pelas comunidades de índios Guarani na referida região, em criar reservas indígenas, na forma dos arts. 26 e 27 da Lei 6.001/73 —, sobretudo se se considerar que tal prazo (vinte e quatro meses) somente começará a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida no presente feito.” (STJ, REsp 1.114.012-SC, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 10/11/2009.)

VI – DA ANTIJURICIDADE DO PARECER NORMATIVO 001/2017/GAB/CGU/AGU

Conforme exposto em linhas pretéritas, **atualmente o processo demarcatório da TI Tereza Cristina encontra-se suspenso**, uma vez que a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI esta aguardando orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do **Parecer 001/AGU/2017**, como é o caso da TI Tereza Cristina.

O malsinado parecer, a pretexto de *estabelecer o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas*, violou frontalmente a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tendo, mesmo assim, sido publicado em imprensa oficial e aprovado pelo Presidente da República.

Por força do referido parecer, a FUNAI, por meio da DPT, tem, entre outras condicionantes fixadas na decisão da PET 3.388/RR, aplicado a restrição do “marco temporal” em outros casos de demarcação de Terras Indígenas, mesmo em casos anteriores ao advento da CF/88, mesmo em caso de revisão de limites, como na hipótese dos autos.

Ocorre, contudo, que o tal “marco temporal” contraria, entre outros, o preceito constitucional da proporcionalidade, que veda a proteção deficiente, além de negar o próprio histórico de legislações que asseguram o direito dos indígenas aos seus territórios tradicionais.

Com efeito, entre as principais críticas à condicionante do “marco temporal” estão

“objeções sobre o viés arbitrário da definição da data da promulgação da Constituição de 1988, e não a outra norma, na fixação do marco; oposições relativas ao caráter geral dado ao requisito, ignorando as diferentes realidades das terras indígenas ainda não demarcadas ou em processo de revisão de limites; ponderações afetas à falta de definição conceitual clara do que se poderia entender como ocupação e renitente esbulho; reprimendas voltadas à violação da proporcionalidade representada pela proibição de proteção deficiente, com a consequente possibilidade de o Brasil ser responsabilizado em grau de jurisdição internacional pelo esvaziamento dos direitos territoriais indígenas; reflexões sobre o juízo de que a decisão proferida denotaria a persistência da colonialidade. Essa se expressaria na desconsideração das subjetividades indígenas, na sobrevalorização do conhecimento eurocêntrico e na estruturação das relações de poder e de interesses envolvidos nos conflitos fundiários indígenas.”²⁶

Vale dizer, inclusive, que José Afonso da Silva, em parecer sobre o tema²⁷, é incisivo ao questionar *“onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data se ela nada diz a esse respeito, nem explícita, nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão”*.

Aliás, reforçando a crítica à arbitrária fixação do “marco temporal” em 5 de outubro de 1988, e não em data anterior, é preciso consignar que o direito dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais encontra assento constitucional desde 1934²⁸, e não somente na atual ordem constitucional. Mais do que isso, *“mesmo antes da previsão constitucional, expressa na Carta de 1934, a proteção das terras ocupadas por indígenas remetia ao Alvará de 1680, tendo sido corroborada pela Lei de Terras”²⁹*, e já havia sido mencionada na Carta

26 MELO, Cristina. *Terras Indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 40-1.

27 Id. 6522171, também disponível em:

http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf (acesso em 3 de julho de 2018)

28 “Artigo 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

29 MELO, Cristina. *Op.cit.* p. 42.

Régia de 1611, em que o Rei Felipe III declarava a liberdade dos gentios do Brasil, garantindo ainda a posse da terra.

Com efeito, as normas que se seguiram, até a primeira previsão constitucional em 1934, previam:

“(...) não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro (...) e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.” (Alvará Régio de 1º de abril de **1680**)

“(...) [os índios] são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão” (Carta Régia de 9 de março de **1718**)

“(...) Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras (...) para gozarem delas por si e todos seus herdeiros (...)” (Pombalina de 6 de julho de **1755**).

“Artigo 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.” (Lei 601/**1850** de 18 de setembro)

“Artigo 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indigenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.

(...)

Artigo 75. As terras reservadas para colonização de indigenas, e para elles distribuidas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização.” (Decreto Imperial de n. 1.318 de 30 de janeiro de **1854**)

Todo esse arcabouço normativo, portanto, levou o próprio STF a reconhecer a posse dos indígenas sobre suas terras ao menos desde 1934, como se vê no voto do Min. Marco Aurélio no julgamento da ACO n. 362, segundo o qual “*desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas*”. No mesmo sentido foi o voto do Min. Edson Fachin, o qual asseverou que “*a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros*”.

Já a Min. Carmén Lúcia, no mesmo julgamento, foi além, consignando que “*desde 1680, o alvará que tratava das sesmarias concedidas pela Coroa (1º.4.1680) reconhecia e ressalvava o senhorio "primário e natural"*”.

O Min. Roberto Barroso, por sua vez, no mesmo julgamento, ao ser pronunciar, em *obiter dictum*, sobre a questão do “marco temporal”, salientou seu entendimento no sentido de que “*que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram*”. Mais ainda, ao se referir às condicionantes fixadas no julgamento da Pet. 3.388/RR, destacou que “*no julgamento dos embargos de declaração, naquela demanda em que eu mesmo fui relator, assentou-se que os parâmetros ali estabelecidos somente se aplicavam àquele caso dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas*”.

No mesmo sentido foram as decisões proferidas pela Corte no julgamento da ACO n. 366 e do RE n. 44585/MT.

Todavia, na contramão da própria jurisprudência que o embasou, a AGU editou o referido Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, que, agora, causa confusão dentro da própria Funai, segundo a qual o parecer não explicita questões que deixam margem para obscuridades, dúvidas e omissões, tendo havido questionamentos por parte das Coordenações Gerais da Diretoria de Proteção Territorial-DPT, encaminhadas para Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, com o fito de esclarecê-las e dar orientações sobre como proceder (ff. 303-4 do IC).

Dada a relevância da matéria, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, após aprofundada análise do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, recentemente expediu a **Nota Técnica 02/2018-6CCR**³⁰, cuja a ementa é a seguinte:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME JURÍDICO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE CARÁTER INDISPONÍVEL. NATUREZA JURÍDICA DA DEMARCAÇÃO. ATO MERAMENTE DECLARATÓRIO. PARECER NORMATIVO 001/2017/GAB/CGU/AGU. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONFERIDA INTERPRETAÇÃO VINCULANTE À ADMINISTRAÇÃO FEDERAL QUE CONSTITUA VIOLAÇÃO OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE NORMAS DA CONSTITUIÇÃO, DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E DE DIPLOMAS LEGAIS. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE AS CONDICIONANTES ESTABELECIDAS NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL NÃO GOZAM DE EFICÁCIA VINCULANTE. VÍCIO DE FORMA. PARECER NORMATIVO NÃO É MEIO CABÍVEL PARA INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA. AFRONTAS AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NÃO PODE SE FURTAR À DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS, BEM COMO DE EXERCER O DIREITO DE DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DA ADMINISTRAÇÃO, DIRETA E INDIRETA, FEDERAL. INTERFERÊNCIA INDEVIDA EM ATIVIDADE EMINENTEMENTE TÉCNICA (DELIMITAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS) DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. AUSÊNCIA DE HIERARQUIA E SUBORDINAÇÃO DA FUNAI EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO DIRETA FEDERAL. VIOLAÇÃO À TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA PARA INSTITUIÇÃO DE ATO QUE AFETE DIRETAMENTE OS DIREITOS DOS ÍNDIOS. VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT QUE EIVA DE NULIDADE O ATO. INCONSTITUCIONALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO PARECER NORMATIVO 001/2017GAB/CGU/AGU.

1. O Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU é inválido e inaplicável, na medida em que busca conferir interpretação que viola redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

30 Id. 6522115.

2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por reiteradas vezes, no sentido de que as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol não se aplicam a outras demarcações, bem como não haver sobre a “teoria do marco temporal” “inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria” e que “falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição”(PSV 49), de modo que é incabível a tentativa de atribuir eficácia vinculante a fragmentos do acórdão da Pet. 3.388.
3. A tentativa de aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e a tese do “marco temporal”, com eficácia obrigatória, à Administração Federal, em conflito com o entendimento fixado pelo STF, revela a inconstitucionalidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, dado seu caráter de ato normativo geral, ultrapassando os limites meramente interpretativos de um parecer, em clara usurpação da atividade legislativa de competência exclusiva do Congresso Nacional.
4. A fixação de diretrizes que conflitam com os interesses dos índios, da Fundação do Índio e da própria União, colocando em risco o patrimônio federal e os direitos fundamentais dos povos indígenas, em benefício de particulares, é incompatível com a elevada função da Advocacia-Geral da União de representar a União, suas autarquias e fundações públicas, judicial e extrajudicialmente, conforme dispõe o art. 131 da Constituição da República, a Lei Complementar n. 73/93, e as Leis n. 9.028/95 e n. 10.480/02.
5. O parecer também implica violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, uma vez que impede ou, no mínimo, restringe a utilização de argumentos, recursos jurídicos e outros instrumentos processuais com aptidão para resguardar os direitos e interesses legítimos da União, da Funai e dos índios.
6. A transposição das condicionantes da Raposa Serra do Sol de modo acrítico, sem indicação dos moldes para seu cumprimento, implica paralisia das demarcações de terras indígenas, gera riscos e insegurança jurídica de revogações de atos já constituídos, além de potencializar conflitos entre índios e não-índios.
7. A demarcação de terras indígenas é ato meramente declaratório, inexistindo discricionariedade do administrador. Nessa seara, metodologia de identificação da terra indígena é a propriamente antropológica, pela qual são demonstrados concretamente os pressupostos constitucionais configuradores da tradicionalidade da área. A teoria das capacidades institucionais impõe ao profissional do Direito a autocontenção, evitando o avanço sobre análise de questões estritamente técnicas de outros campos do conhecimento.
8. A tentativa de impor procedimento e requisitos não previstos na Constituição e na Lei para demarcação de terras indígenas se traduz em invasão de atividade técnica privativa da Fundação Nacional do Índio. Considerando que o procedimento de identificação e delimitação de terras indígenas se dá por meio de estudo técnico, em que não há espaço para discricionariedade, a invasão de tal seara pela Advocacia-Geral da União e da própria

Presidência da República constitui-se ato ilícito, dada a ausência de hierarquia e subordinação da FUNAI.

9. Considerando os impactos diretos sobre direitos dos povos indígenas, especialmente a transformação de diretrizes em enunciados vinculantes, a observância do direito de consulta livre, prévia e informada, prevista na Convenção n. 169, é imprescindível para validade do ato, razão pela qual, também por esse motivo, o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU é nulo de pleno direito.

10. A tentativa de impor restrições ao direito ao território indígena viola o Direito Internacional dos Direitos humanos, acarretando risco de responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

11. Considerando que o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU viola a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, são também inválidos atos supervenientes que, a título de cumprir os mandamentos do parecer, violem os direitos indígenas.

Ressalte-se que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já havia expedido, anteriormente, em análise de caso singular³¹, a Nota Técnica 07/2017-6CCR³², que esclareceu que “(...) *a partir de interpretação vertical do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (PET. 3388), o Supremo Tribunal Federal jamais preconizou que a lei n. 9.784/99 pudesse impedir a demarcação de terras indígenas consoante previsto na Constituição de 1988 e no Decreto n. 1.775/99, especialmente quando nunca realizado o procedimento em conformidade com os novos marcos legais e constitucionais. Não é concebível admitir que norma infraconstitucional tenha eficácia retroativa e neutralize a própria aplicação da Constituição da República*”.

Os documentos da lavra do Ministério Público Federal fazem análise técnica e contundente do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, tendo concluído que ele viola a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, **motivo pelo qual são também inválidos atos supervenientes que, a título de cumprir os mandamentos do parecer, violem os direitos indígenas**, como é o caso da

31 A referida Nota Técnica foi encaminhada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para que, com base nos fundamentos nela apresentados, possa, utilizando de seu poder de autotutela, rever o ato – Portaria n. 683, de 15 de agosto de 2017, do Ministério da Justiça – que “tornou nula” a Portaria n. MJ 581, de 29 de maio de 2015, a qual declarava a tradicionalidade da terra indígena Jaraguá, de dimensão de 532 hectares. A Portaria n. 683 teve seus efeitos suspensos por uma liminar (id. 6522133) concedida pela Justiça Federal de São Paulo a pedido do MPF na ACP n. 5024498-93.2017.4.03.6100 (<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/liminar-suspende-portaria-do-ministerio-da-justica-que-reduzia-reserva-guarani-em-sao-paulo>).

32 Id. 6522126.

suspensão do procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina, objeto desta demanda.

Desta forma, não pode a Funai, principalmente por conhecer os vícios que maculam o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU – o que restou evidente pelo teor dos documentos de ff. 297-8 e 303-4 do inquérito civil anexo³³ – deixar de dar prosseguimento ao processo de demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina, mormente diante das mais recentes decisões do próprio Supremo Tribunal Federal.

VII – DO NÃO CABIMENTO DE INVOCAÇÃO DA RESERVA POSSÍVEL E DA EXISTÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Ainda que a questão não tenha sido levantada pela FUNAI ou pela UNIÃO, vale salientar, *ad argumentandum tantum*, que a flagrante e grave omissão em tela também não encontra justificativa razoável em suposta ausência de recursos públicos ou prioridade na execução de outros serviços. A discricionariedade do Administrador, como se sabe, afigura-se limitada, notadamente em face dos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afasta a escusa da escassez de recursos como óbice à concretização de direitos fundamentais, interpretando a cláusula da reserva do possível em conformidade com a Constituição (ADPF n. 45, noticiada no Informativo n. 345).

Mais: como exaustivamente demonstrado no Parecer Pericial n. 20/2013³⁴, da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República, que comparou os valores orçamentários destinados às ações do processo de regularização fundiária no período 2002-2012, seja em seus recursos autorizados, seja pelos valores efetivamente pagos, não há falta de recursos orçamentários.

Deveras, em todos os anos nunca se observou a utilização de todo o valor previsto no orçamento, como se vê pelos percentuais entre valor autorizado e valor pago: 2002

33 Id. 6521989

34 Id. 6522146.

(61%); 2003 (81%); 2004 (61%); 2005 (59%); 2006 (57%); 2007 (61%); 2008 (18%); 2009 (47%); 2010 (21%); 2011 (56%); 2012 (33%).

O ano de 2008 apresenta o menor percentual de utilização dos recursos orçamentários disponibilizados. Em 2002, p.ex., houve a disponibilidade de R\$ 80.786.929,81 (oitenta milhões, setecentos e oitenta e seis mil, novecentos e vinte e nove reais e oitenta e um centavos), enquanto que os valores pagos foram R\$ 49.090.415,27 (quarenta e nove milhões, noventa mil, quatrocentos e quinze reais e vinte e sete centavos), ou seja, 61% do total e a preço de jan/2013. Já para 2012, foram autorizados R\$ 27.779.350,00 (vinte e sete milhões, setecentos e setenta e nove mil trezentos e cinquenta reais) e pagos R\$ 9.291.465,00 (nove milhões, duzentos e noventa e um mil quatrocentos e sessenta e cinco reais), isto é, 33% do montante. Percebe-se, com isso, não só uma redução de 66% em 2012 em relação aos recursos orçamentários autorizados em 2002, como também uma redução de quase 50% nos valores utilizados.

Pela análise do trabalho elaborado, fica claro que não se desconsideraram outros fatores tais como o contingenciamento de recursos, algo não raro de acontecer. Mas é bom ter em mente que o contingenciamento se dá, primordialmente, em função da unidade ordenadora de despesa não apresentar capacidade operacional de realizar a despesa. Somente diante da incapacidade de utilização é que o recurso é destinado para outra área. Não é o que se vê no caso dos autos.

VIII – DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO OMISSIVO: DOS DANOS MORAIS COLETIVOS

A reparação por conduta omissiva do Estado funda-se na responsabilidade subjetiva do ente estatal. A responsabilidade subjetiva é caracterizada como a obrigação estatal de indenizar em decorrência de uma conduta contrária ao Direito. Em face da aplicação dos princípios de Direito Público à atuação do Estado, não é necessário a identificação de uma culpa individual. Ocorre a culpa do serviço (*faute du service*) quando este não funciona ou, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado por danos daí decorrentes em agravo dos administrados.”³⁵

Todavia, como é sabido, não se mostra suficiente para a ocorrência da responsabilidade estatal a simples relação entre ausência do serviço e dano ocorrido. É necessário estar configurado o dolo, isto é, a intenção de omitir-se quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo, ou configurada ao menos a culpa, que pode se dar por negligência, imprudência ou imperícia ensejadoras do dano.

No caso dos autos a ilegal e lesiva omissão estatal consiste na negativa de acesso dos indígenas do grupo em questão ao seu território tradicional.

Nesse jaez, vale lembrar que

“A terra, para os povos indígenas, é um conceito totalizante e aglutinador de todos os demais: cultura, etnicidade, indianidade, história, religião, política, economia e outros, o que destaca a reivindicação pela demarcação das terras indígenas como parte de um plexo conceitual mais amplo: a territorialidade indígena”³⁶.

Mais claramente,

“A territorialidade que os grupos indígenas mantêm com seu território tradicional se pauta por princípios diferentes daqueles que regem o direito da propriedade privada, ‘o que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil’. O direito à terra é extraído do direito ao reconhecimento, que compõe a dignidade da pessoa humana, de sorte que, para as comunidades indígenas, a terra é muito mais do que simples meio

35 Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. 2002, p. 862.

36 MELO, Cristina. *Op.cit.* p. 102.

de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento.”³⁷

Destarte, é evidente, no caso *sub judice*, o nexo de causalidade entre a ação omissiva do Estado e o dano ao grupo indígena, porquanto a omissão tem impedido o exercício pleno dos direitos originários dos seus integrantes sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Mais do que isso, aliás, em se tratando de violação de interesses coletivos, a **condenação por dano moral se justifica tão somente pela sua violação**, ou seja, **decorre da própria situação de fato criada pela conduta do agente** – danos *in re ipsa* –, o que torna até mesmo **desnecessária a prova do efetivo prejuízo**, na medida em que o dano se presume em face da própria lesão aos direitos extrapatrimoniais da coletividade.

Assim expõe ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS³⁸ a respeito do tema:

“O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas. (...) Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância desses interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda dos valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.” (grifei)

Nessa esteira, recentemente o STJ reconheceu a possibilidade de fixação de indenização por dano moral coletivo, o qual deve ser aferido *in re ipsa*, como se observa:

“ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

37 Idem, p. 105 (citando Pet. n. 3388/RR, STF, DJe de 24/09/2009).

38 Ação Civil Pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1998, p. 82.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

(...)

5. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010)

Assim, não há dúvida quanto à possibilidade de fixação de indenização no caso dos autos, em que se está diante de uma inacreditável mora estatal, agravada mais recentemente pela completa e dolosa paralisação do procedimento administrativo de demarcação com base no inconstitucional Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU.

Com efeito, o legislador constituinte fixou o prazo de 5 (cinco) anos para que a União concluísse os trabalhos de demarcação das Terras Indígenas (art. 67 do ADCT) e assegurou a todo cidadão, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, LXXVIII, CF/88), detalhando tais prazos no Decreto n. 1.775/96.

Logo, estamos diante do dever estatal de agir a fim de assegurar aos indígenas o pleno gozo de seu direito fundamental ao território.

Contudo, mesmo estando autorizados os estudos de natureza etno-histórica, antropológica, ambiental e cartográfica desde 2012 (Portaria n 1359/PRES, de 24/10/2012), mesmo já tendo sido entregue em uma versão preliminar do relatório circunstanciado de identificação e delimitação em 2016, mesmo sendo necessária a realização de estudos complementares de natureza fundiária e cartorial (Portaria n. 2498/MJ/2014), o procedimento de demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina, que já dura mais de 20 anos, foi paralisado para **aguardar orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do Parecer 001/AGU/2017.**

Evidente, portanto, a conduta omissiva das requeridas, o dolo de deixar de cumprir um dever constitucionalmente previsto, o dano à comunidade indígena e o nexo de causalidade entre a omissão e a lesão.

Por fim, deve-se ter em conta que **a reparação pelos prejuízos às coletividades indígenas somente se dará de forma completa em sendo observada a sua função punitiva e inibitória** – *punitive or exemplary damages*³⁹ –, mediante a fixação de indenização pelos danos causados.

Trata-se, de fato, do caráter punitivo-preventivo que informa a responsabilização pelo dano moral coletivo, já que sua previsão não apenas objetiva compensar a coletividade, revertendo o valor pecuniário em favor de finalidade que a todos aproveita, como tem por fim punir aquele que, de forma ilícita, violou interesse metaindividual.

Isso porque, mediante a imposição de grave sanção jurídica para condutas como as dos recorridos, confere-se real e efetiva tutela aos direitos étnicos e culturais dos indígenas que aguardam a demarcação da TI Tereza Cristina, assim como a outros bens jurídicos transindividuais.

Portanto, ao se ponderar acerca de verba indenizatória por dano moral de caráter coletivo, não se pode olvidar a natureza do interesse que o instituto visa a proteger, bem como a função que exerce no sistema afeto à tutela coletiva.

IX – DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

A urgência de medida se impõe, antes de mais nada, em razão do significado do território para os povos indígenas, como espaço necessário e imperioso para a proteção de sua identidade coletiva e garantia de permanência em comunidade.

Com efeito,

“A perda dos territórios implica, na maioria dos casos, a fragmentação dos indivíduos que compõem as comunidades. Nessa condição, as dimensões

39 Nesse sentido: STF, AI 455846/RJ, Min.-Relator CELSO DE MELLO, j. 11/10/2004, Informativo 364.

*econômicas, política e cultural da vida social podem se desarticular, enfraquecendo a unidade política dos grupos e tornando bem mais ambíguas as relações que as coletividades estabelecem com seus territórios. Desse modo, 'a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos. Um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixar de ser povo'.*⁴⁰

Já a plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido é patente. O requerimento funda-se em silêncio administrativo, mora estatal demonstrada, que subsiste há um longo período e, atualmente, paralisada por um ato administrativo inconstitucional.

O descumprimento reiterado e permanente de comando normativo que fixa prazo para encerramento do processo administrativo, bem como a violação explícita dos princípios mais caros do Direito Administrativo (legalidade, probidade, eficiência, moralidade, finalidade) por meio do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, razão da paralisação última do procedimento de demarcação, recomendam a atuação imediata do Poder Judiciário, sob pena de perpetuar-se ainda mais a inaceitável e extremamente danosa mora estatal até o final do julgamento da presente ação.

Ademais, o prazo estabelecido na Constituição de 1988, de cinco anos, para conclusão dos processos de demarcação, foi há muito extrapolado.

Outrossim, tendo em vista que a reparação que se busca em Juízo decorre justamente da demora do processo administrativo e da sua inconstitucional paralisação, urge uma decisão que supra a mora administrativa. O ilegal silêncio administrativo perdura há um longo período, de modo que não se afigura justo que a entidade responsável pela omissão aproveite-se do tempo do processo judicial sem tomar providência alguma.

40 MELO, Cristina. *Op.cit.* pp. 104-5 (citando SOUZA FILHO, Carlos Frederico M. de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 120).

X – DOS PEDIDOS

Assim sendo, em razão de todo o exposto acima, o Ministério Público Federal, nos termos dos artigos 497 ao 501, c/c art. 300, todos do Novo Código de Processo Civil, bem como da Lei n. 7.347/85, **requer:**

a) A antecipação dos efeitos da tutela para declarar a mora do Estado brasileiro na demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina e suspender os efeitos do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, determinando à **FUNAI**, com isso, que **dê imediato prosseguimento ao processo de demarcação da TI Tereza Cristina**, concluindo os trabalhos de **identificação e delimitação** da sua área, fazendo publicar o respectivo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação no prazo máximo de **60 (sessenta) dias**; seguindo o processamento, resolvendo eventuais pendências e encaminhando o procedimento ao Ministério da Justiça; devendo, na sequência, a **UNIÃO** observar estritamente os prazos estabelecidos no Decreto n. 1.775/96, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

b) A citação das demandadas, por meio de seus representantes legais, para, querendo, contestarem a presente demanda no prazo legal;

c) A condenação definitiva da **FUNAI** e da **UNIÃO** a **concluir o processo de demarcação da TI Tereza Cristina**, nos termos definidos no item *a*, observado o prazo máximo de **24 (vinte e quatro) meses**, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

d) A condenação da **FUNAI** e da **UNIÃO** à obrigação solidária de **pagamento de indenização**, a título de danos morais coletivos, **em valor não inferior a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais)**, a ser revertido em investimentos diretos em políticas públicas destinadas aos indígenas pertencentes à etnia Bororo ocupantes da Terra Indígena Tereza Cristina; e

e) a declaração, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade⁴¹ *in totum* do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, posto que ele, conforme disposto na profunda análise realizada pela **Nota Técnica 02/2018-6CCR**, viola a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Protesta, por fim, por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial a juntada de novos documentos, inspeção judicial, perícia e oitiva de testemunhas.

Dá-se à causa, para efeitos legais, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Cuiabá, 3 de julho de 2018.

Ricardo Pael Ardenghi
PROCURADOR DA REPÚBLICA

RLL

DOCUMENTOS ANEXADOS À INICIAL

- Id. 6521898 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 1-50);
- Id. 6521908 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 51-100);
- Id. 6521972 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 101-150);
- Id. 6521975 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 151-200);
- Id. 6521981 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 201-250);
- Id. 6521984 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 1 (pp. 251-292);
- Id. 6521989 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 Vol. 2;
- Id. 6521994 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 1 (pp. 1-55);

41 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPLEMENTO E ESPÉCIES. Descabe confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser implementado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo, como é a ação civil pública – precedentes: Recursos Extraordinários nº 424.993/DF, relator ministro Joaquim Barbosa, e 511.961/SP, relator ministro Gilmar Mendes, acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça eletrônico de 19 de outubro de 2007 e 13 de novembro de 2009. (Rcl 8605 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONFUSÃO COM O PEDIDO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (RE 595213 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 15-12-2017 PUBLIC 18-12-2017)

- Id. 6522012 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 1 (pp. 56-111);
Id. 6522049 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 2 (pp. 1-50);
Id. 6522083 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 2 (pp. 51-100);
Id. 6522055 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 2 (pp. 101-150);
Id. 6522073 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 2 (pp. 151-200);
Id. 6522093 – Inquérito Civil Público n. 081000.029619/97-68 – Anexo 2 (pp. 200-226);
Id. 6522115 – Nota Técnica 02/2018-6CCR;
Id. 6522133 – Decisão liminar proferida na ACP n. 5024498-93.2017.4.03.6100;
Id. 6522126 – Nota Técnica 07/2017-6CCR;
Id. 6522146 – Parecer Pericial n. 20/20131, da 6ª CCR/MPF;
Id. 6522171 – Parecer do Professor José Afonso da Silva;
Id. 6522277 – Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU.