



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 5ª REGIÃO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Relator,

Referência : Processo nº 0803823-94.2017.4.05.8400 Apelação Cível  
Apelante : União Federal  
Apelante : FUNAI – Fundação Nacional do Índio  
Apelado : Ministério Público Federal  
Relator : Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno – 3ª Turma

**PARECER Nº 31010/2021**

**APELAÇÃO CÍVEL. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. OMISSÃO INJUSTIFICADA DO ESTADO. CARACTERIZAÇÃO. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

1 – Uma vez que se trata de obrigação instituída desde o poder constituinte originário, com fulcro no art. 67 do ADCT, há mais de 30 anos, não prospera a argumentação de incidência da teoria da reserva do possível ao caso em apreço. Ademais, por essa mesma fundamentação que se compreende a responsabilidade da União em adotar medidas para satisfação da demarcação das terras indígenas, permitindo-se a fruição da plenitude dos direitos que dessa medida decorrem, independentemente das competências e recursos empreendidos pela FUNAI.

2 – Contra a violação reiterada de Direitos Fundamentais não há justificativa idônea a eximir o Estado do dever de sanar irregularidades e trabalhar para cumprir seu papel constitucional, justamente porquanto o direito à demarcação das terras indígenas, por essência, é indispensável à manutenção e preservação da vida em comunidade e identidade desses povos.

3 – Parecer pelo **conhecimento** e **não provimento** da Apelação.

1 – Trata-se de Recurso de Apelação contra decisão do Excelentíssimo Juízo Federal da 1ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, proferida nos autos de **Ação Civil Pública** promovida pelo MPF com vistas a obrigar os apelantes a iniciar o processo de demarcação das terras indígenas ocupadas pelos Tapanás e, ainda, condenar os recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais coletivos frente à mora administrativa para desempenhar sua incumbência constitucional.

**Apelação argumenta**, em síntese: **a)** a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública; **b)** a insuficiência de servidores para atender a demanda de elaboração dos estudos técnicos incluídos nos procedimentos de identificação das terras indígenas e a limitação de recursos financeiros para atendimento da fixação das aludidas obrigações; **c)** aplicabilidade da teoria da reserva do possível para que seja respeitada a programação da Administração Pública quanto à gestão de

centenas de processos de demarcação, cuja complexidade considera as condições e possibilidades reais de cada caso, como forma de melhor atender o interesse público; **d)** a inépcia da petição inicial, por ausência de demarcação dos limites fáticos; **e)** a ilegitimidade passiva da União.

**Contrarrazões** do MPF no sentido de manter a integralidade da sentença em todos os seus termos.

O cerne da questão, portanto, consiste em examinar se restou caracterizada hipótese de omissão ilegal da Administração Pública no tocante as suas atribuições Constitucionais.

2 – Passa esta PRR-5ª Região à análise.

### **2.1 – Da improcedência da alegação de interferência do Judiciário na seara de mérito administrativo e consequente legitimidade passiva da União para integrar o polo processual.**

Os recorrentes aduzem que o Poder Judiciário está atuando além das suas atribuições, visto que a fixação de prazo certo e determinado para a conclusão do processo demarcatório da terra indígena afronta o princípio da razoabilidade, na medida em que a comprovação da tradicionalidade da ocupação indígena demanda tempo para a elaboração de estudos firmes e robustos.

No entanto, a atuação jurisdicional vindicada pelo Ministério Público Federal não objetiva a indevida substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na condução dos processos de demarcação das terras indígenas, porque a concepção da política pública em questão já foi previamente definida em suas linhas gerais pela própria Constituição Federal, vindo a ser validamente regulamentada pelo Poder Executivo mediante a edição do Decreto nº 1.775/1996, ditame normativo que em momento algum está sendo afastado ou mitigado.

Assim, a atuação jurisdicional provocada tem como causa a morosidade do Estado na adoção das medidas necessárias à concretização de uma política pública que já foi concebida e normativamente operacionalizada.

Nesse sentido, vasta jurisprudência entende que o Poder Judiciário pode determinar a implantação de políticas públicas por parte da Administração, com o objetivo de dar efetividade a direitos constitucionais essenciais, ainda que derivados de normas programáticas.

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento”(RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 14.5.2010). (grifo nosso)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a

segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo Regimental improvido” (RE 559.646-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24.6.2011). (grifo nosso)

Ademais, a União Federal é responsável pela demarcação das terras indígenas, sendo de seu interesse, já que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens pertencentes a esse ente.

Nessa lógica, encontram-se os julgados que seguem:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DOMÍNIO PRIVADO. TERRAS INDÍGENAS. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO PELO STJ. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. DEFINIÇÃO DE POSSE INDÍGENA. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA GOVERNAMENTAL. APELAÇÕES IMPROVIDAS. Embora a execução dos honorários de advogado implique aquiescência tácita da sentença e constitua fato impeditivo ao direito de recorrer (artigo 503 do Código de Processo Civil), o regime de litisconsórcio necessário neutraliza as consequências da aceitação. Em função do efeito expansivo subjetivo, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita (artigo 509). II. A FUNAI e a União Federal são litisconsortes passivas necessárias, uma vez que a declaração de domínio privado sobre o trecho de terra afetará tanto a condução da política indigenista, especificamente a demarcação da ocupação (artigo 1º, I, b, da Lei nº 5.371/1967 e artigo 1º do Decreto nº 1.1175/1996), quanto o direito federal de propriedade (artigo 20, IX, da Constituição Federal de 1988). Assim, a apelação interposta pelo órgão de assistência ao índio favorece a União. (...) (TRF-3 – AC: 1141 MS 0001141-83.2005.4.03.6006, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 21/10/2013, QUINTA TURMA) (grifo nosso)

INTERDITO PROIBITÓRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR PARA QUE OS INDÍGENAS MENCIONADOS NA INICIAL SE ABSTENHAM DE REALIZAR ATOS QUE PERTURBEM A POSSE DOS AUTORES – MULTA DIÁRIA – ORDENOU A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS PELA UNIÃO NAS LOCALIDADES APONTADAS NA INICIAL DENTRO DO PRAZO DE UM ANO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA – LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL: ARTIGO 36, § ÚNICO, DA LEI Nº 6.001/1973 – ARTIGO 932 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PROVIDO. - A preliminar de ilegitimidade, embora questão de ordem pública, há de se melhor debatida em primeiro grau. - O artigo 36, § único, da Lei nº 6.001/1973, determina a formação, no presente caso, de litisconsórcio passivo necessário entre a FUNAI e a União, para que a relação processual se desenvolva de forma válida e regular. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. - A ação de interdito proibitório tem natureza inibitória, visa assegurar a posse ameaçada de esbulho ou turbação e, no caso dos autos a parte autora não conseguiu comprovar a existência de um risco concreto e “pelo menos” atual para a sua posse, sob o aspecto de “invasão indígena”; não há nos autos qualquer indicativo da iminência de “invasão dos imóveis” pela comunidade indígena. - Quanto à demarcação de terras, o decisum não merece prosperar, primeiro, porque tal pleito não foi cogitado pelos autores e, em segundo lugar, não cabe a Judiciário imiscuir-se nas atribuições privativas no Poder Executivo, ordenando-lhe que proceda do modo que melhor parece ao Juiz, quando existe espaço discricionário para o agir ou para a inação da autoridade administrativa, como é o caso de demarcação de terras indígenas. - Preliminar de ilegitimidade rejeitada e agravo de instrumento provido para reformar a decisão agravada. (TRF-3 – AI: 10911 MS 0010911-32.2012.4.03.0000, Relator: JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, Data de Julgamento: 27/11/2012, PRIMEIRA TURMA) (grifo nosso)

Ora, se isso é uma verdade inafastável, igualmente o é a eficácia jurídica de um dispositivo que estabelece um prazo para que a União resolva o problema indígena regulado pelo próprio Poder Constituinte Originário, tornando algo que poderia ser uma atividade discricionária em algo característico de uma atividade vinculada.

## **2.2 – Da impossibilidade de reconhecimento da Teoria da Reserva do Possível.**

Ora, como bem apontou o *Parquet* em suas Contrarrazões, o mero argumento da insuficiência de recursos técnicos hábeis a dar andamento mais célere ao processo de demarcação das terras em comento não pode ser utilizado como carta branca à inoperabilidade do Estado em promover seu papel constitucional.

Frise-se que não se trata, apenas, de circunstância formal, sem impacto concreto na realidade. Em verdade, tal medida busca trazer dignidade às pessoas que, por conta da omissão e total ausência de previsibilidade do início dos procedimentos legais de demarcação, deixam de fruir uma sequência de direitos essenciais à própria identidade cultural, que há tanto tempo tem sido ameaçada no processo histórico.

É sob essa égide que a Constituição Federal trouxe um arcabouço de direitos mínimos, essenciais, que devem, necessariamente, ser garantidos pelo Estado, porquanto fazem parte do núcleo vital de qualquer ser humano. Tomando em conta essa pauta, o legislador foi expresso e claro sobre a necessidade de proteção dos povos indígenas, atribuindo-se prazo para concretizar a norma programática do art. 67 do ADCT, o qual delimitou o prazo de 5 anos para que a União procedesse às devidas demarcações.

Considerando que há mais de 30 anos que foi estipulada essa disposição, é mister realçar, pois, uma necessidade de mudança de tratamento daquilo que antes era visto como faculdade, para, sob nova ótica, ser visto como uma atividade vinculada, reunindo esforços concretos na implementação de soluções, e não justificativas tradicionais.

Repete-se, para tanto, julgado colacionado nas Contrarrazões do Ministério Público:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade psicofísica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

**5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade.** O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não comendo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. **6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador"** (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). **7. Recurso Especial provido.** (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)

Diante disso, resta irretocável a Sentença do magistrado, assistindo razão ao MPF no pleito por sua manutenção.

3 – Pelo exposto, opina esta PRR-5ª Região no sentido de ser o recurso **conhecido e improvido**, determinando-se o início dos procedimentos relativos à demarcação das terras e sua consequente finalização dentro dos prazos fixados pelo juízo *a quo*.

É o parecer, s. m. j.

Recife-PE, 04 de novembro de 2021.

**Domingos Sávio Tenório de Amorim**  
**Procurador Regional da República**