



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE RORAIMA
7º OFÍCIO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA ___ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE RORAIMA**

“(…) diante da lei está postado um guarda. Até ele se chega um homem do campo que lhe pede que o deixe entrar na lei. Mas o sentinela lhe diz que nesse momento não é permitido entrar. O homem reflete e depois pergunta se mais tarde lhe será permitido entrar. ‘E possível’, diz o guarda, ‘mas agora não.’ (...) Durante muitos anos aquele homem não afasta os seus olhos do sentinela. Esquece-se dos outros sentinelas e chega a parecer-lhe que este primeiro é o único obstáculo que lhe impede entrar na lei. (...) Antes de morrer concentram-se em sua mente todas as lembranças e pensamentos daquele tempo em uma pergunta que até esse momento não tinha ainda formulado ao sentinela. Como seu corpo já rígido não se pode mover, faz um sinal ao guarda para que se aproxime. (...) ‘Dize-me’, diz o homem, ‘se todos desejam entrar na lei, como se explica que em tantos anos ninguém, além de mim, tenha pretendido fazê-lo?’ O guarda percebe que o homem está já às portas da morte, de modo que para alcançar o seu ouvido moribundo ruge sobre ele: ‘Ninguém senão tu podia entrar aqui, pois esta entrada estava destinada apenas para ti. Agora eu me vou e a fecho.’ ” (KAFKA, Franz. O Processo. 5ª ed. 2011. p. 239-240)

URGENTE

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, apresentado pelo Procurador da República ao final subscrito, vem perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 127 e 129, III e V, da Constituição da República, bem como nos artigos 2º e 6º, VII, *a e c*, e XI, ambos da Lei Complementar n. 75/93, e nos artigos 1º, 2º, 5º e 21, todos da Lei n. 7.347/85, *c/c* art. 81 da Lei n. 8.078/90, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de liminar

em desfavor da **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)**, pessoa jurídica de direito público interno, devendo ser citada na pessoa do Procurador Federal no Estado, com endereço para citação na Rua Souza Júnior, 927 - São Francisco, Boa Vista - RR, 69305-040, e

do INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA), autarquia federal vinculada ao Ministério da Agricultura, pecuária e Abastecimento, podendo ser citado na pessoa de seu Procurador Federal no Estado, com endereço para citação na Rua Souza Júnior, 927 - São Francisco, Boa Vista - RR, 69305-040, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. DO OBJETO

Como é de conhecimento público, na edição de 22 de abril de 2020 do Diário Oficial da União¹ foi publicada a **Instrução Normativa/FUNAI n. 09, de 16 de abril de 2020**, doravante **IN/FUNAI/N.9**, disciplinando “*o requerimento, análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados*” e revogando a Instrução Normativa/FUNAI n. 03, de 20/04/2012². Esta última previa que “*o Atestado Administrativo se destina a atestar a situação geográfica de imóveis de terceiros em relação às terras indígenas regularizadas ou em processo de demarcação*” (g.n.).

Deveras, o art. 6º da Instrução Normativa/FUNAI n. 03, de 20/04/2012, revogada pela **IN/FUNAI/N.9**, estabelecia que não seria

(...) emitido Atestado Administrativo para imóveis incidentes em: I - Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; II - Terras ocupadas ou não por grupos indígenas, com procedimentos administrativos iniciados e/ou concluídos em conformidade com o disposto no Decreto n. 1.775/MJ/1996 e na Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio): II.1 - Área em estudo de identificação e delimitação; II.2 - Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI); II.3 - Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça); II.4 - Terra indígena homologada (com os limites da demarcação homologados por decreto da Presidência da República); II.5 - Terra indígena reservada; II.6 - Terra de domínio indígena; II.7 - Terra indígena com portaria de restrição de uso; III - Terra da União cedida para usufruto indígena; IV - Área de referência de índios isolados. Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II.1 do art. 6º, o Atestado Administrativo não poderá ser emitido até que se conclua os estudos de identificação e delimitação da área ocupada pelos indígenas. (g.n.)

¹ Disponível em:
<<http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-9-de-16-de-abril-de-2020-253343033>>
(acesso em 28/04/2020).

² http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/doc/Instrucao_Normativa_3.pdf
(acesso em 14/09/2020)

A **IN/FUNAI/N.9**, por sua vez, prevê, no §1º do art. 1º, que “*a Declaração de Reconhecimento de Limites se destina a fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas*” (g.n.).

Já o §2º do art. 1º da **IN/FUNAI/N.9** estabelece que “*não cabe à FUNAI produzir documentos que restrinjam a posse de imóveis privados em face de estudos de identificação e delimitação de terras indígenas ou constituição de reservas indígenas*”, de modo que “*o procedimento de análise de sobreposição da FUNAI realizada pelos servidores credenciados no Sistema de Gestão Fundiária (SIGEF) do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deverá seguir os conceitos e regras disciplinados nesta Instrução Normativa*”.

Ocorre que o Sistema de Gestão Fundiária (SIGEF) é uma ferramenta eletrônica desenvolvida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) para subsidiar a governança fundiária do território nacional. O SIGEF funciona como uma base de dados centralizada que armazena informações fundiárias que servem, inclusive, para orientar políticas de destinação de terras e regularização fundiária.

Destarte, por meio do SIGEF é realizada a certificação de dados referentes a limites de imóveis rurais, valendo a certidão para a finalidade legal de se atestar que não há sobreposição com nenhuma outra poligonal constante do seu cadastro georreferenciado (seja poligonal de imóvel privado, seja poligonal de áreas públicas, como unidades de conservação e terras indígenas), para fins do §5º do art. 176 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Somem-se a isso as ponderações feitas na Nota Técnica produzida pela INA (Indigenistas Associados)³, segundo a qual “*a IN 09/2020 passa a disciplinar o requerimento, análise e emissão, por parte da FUNAI, de documentos denominados*

³ Disponível em:
<<https://indigenistasassociados.org.files.wordpress.com/2020/04/2020-04-27-nota-tc3a9cnica-in-09.pdf>> (acesso em 28/04/2020).

Declaração de Reconhecimento de Limites (doravante, por facilidade, DRL)”, sendo que, “na IN revogada, a normatização da DRL associava-se à de uma outra modalidade de documentos emitidos pela FUNAI: o Atestado Administrativo (doravante, AA)”.

Com isso, “*com a revogação da IN 03, e diante do fato de a IN 09 não tratar da modalidade AA, presume-se que a FUNAI, a partir de agora, só emitirá um tipo de documento, a DRL*”, muito embora, “*na normativa anterior (IN 03), o AA destinava-se a atestar a situação geográfica de imóveis de terceiros em relação às terras indígenas regularizadas ou em processo de demarcação (art.1º, §1º), já a DRL destinava-se a fornecer, aos proprietários de imóveis rurais, a mera certificação de que foram respeitados os limites com os imóveis confinantes de propriedade da União e de posse permanente destinados a indígenas (art.1º, §2º). Portanto, “na lógica da IN 03, AA e DRL eram dois tipos de documentos que, cada qual ao seu modo e com sua especificidade, atendiam a um mesmo propósito geral: a localização de imóvel rural particular em relação a terras indígenas (art.1, caput)”*, ou seja, “*a normativa visava ao resguardo de um sistema fundiário nacional integrado, de modo a evitar a dilapidação do patrimônio público (art. 20, XI, da CF/88)*”. Noutros termos, “*no encadeamento lógico da normativa revogada, seguia-se que a abrangência do termo ‘terra indígena’ alcançava não apenas as áreas cartorialmente registradas sob essa alcunha, amparadas por decreto de homologação presidencial, mas, em especial no caso dos AAs, áreas reivindicadas e ainda em processo de identificação, delimitação e de demarcação, conforme os princípios constitucionais e a legislação vigente*”.

Daí a conclusão de que a **IN/FUNAI/N.9** viola a publicidade e a segurança jurídica ao **desconsiderar por completo terras indígenas delimitadas⁴, terras indígenas declaradas⁵ e terras indígenas demarcadas fisicamente**, além das **terras indígenas interditas**, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas em isolamento voluntário⁶.

⁴ Segundo dados disponibilizados pela FUNAI, existem, atualmente, 43 terras indígenas delimitadas (cf.: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>).

⁵ Segundo dados disponibilizados pela FUNAI, existem, atualmente, 75 terras indígenas declaradas (cf.: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>).

⁶ Segundo dados disponibilizados pela FUNAI, existem, atualmente, 6 terras indígenas com Portaria de Interdição (cf.: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>).

Destarte – e como se verá mais detidamente abaixo –, a **IN/FUNAI/N.9**

(i) contraria o caráter originário do direito dos indígenas às suas terras e a natureza declaratória do ato de demarcação; (ii) cria indevida precedência da propriedade privada sobre as terras indígenas, em flagrante ofensa ao art. 231, §6º, da Constituição, cuja aplicabilidade se impõe inclusive aos territórios não demarcados; (iii) contraria a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não resistindo ao controle de convencionalidade; (iv) viola os princípios da publicidade e da legalidade; (v) vai de encontro à Informação Técnica n. 26/2019/ASSTEC-FUNAI, ao Parecer n. 00044/2019/ COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU e às conclusões do Acórdão n. 727/2020, do Tribunal de Contas da União; (vi) não passou por processo de consulta prévia, livre e informada com os povos indígenas interessados, como assegura o art. 6, 1, *a*, da Convenção n. 169 da OIT; (vii) representa um indevido retrocesso na proteção socioambiental; (viii) incentiva a grilagem de terras e os conflitos fundiários; e (ix) configura comportamento contraditório, vedado pela tutela da confiança e pelo dever de boa-fé.

Não bastasse isso, revelando a urgência a legitimar o pedido de tutela antecipada, a **IN/FUNAI/N.9** incrementa gravemente os riscos de conflitos fundiários, além de aumentar sensivelmente a vulnerabilidade dos povos indígenas nesse momento de crise sanitária em razão da pandemia de COVID-19.

Por estas razões que se busca, por meio desta demanda, assegurar a manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas do Estado de Roraima no SIGEF e no SICAR, mesmo que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, assim como a sua consideração no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da “Declaração de Reconhecimento de Limites”, declarando-se, incidentalmente, a nulidade da **IN/FUNAI/N.9**.

II. DOS RISCOS DECORRENTES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 9 DA FUNAI

A **IN/FUNAI/N.9** já tem gerado significativo risco de danos socioambientais em Roraima, pois é expressivo o número de terras indígenas no Estado que,

com a nova normativa, estarão desprotegidas e vulneráveis a grilagem, exploração de recursos naturais, conflitos fundiários e danos socioambientais.

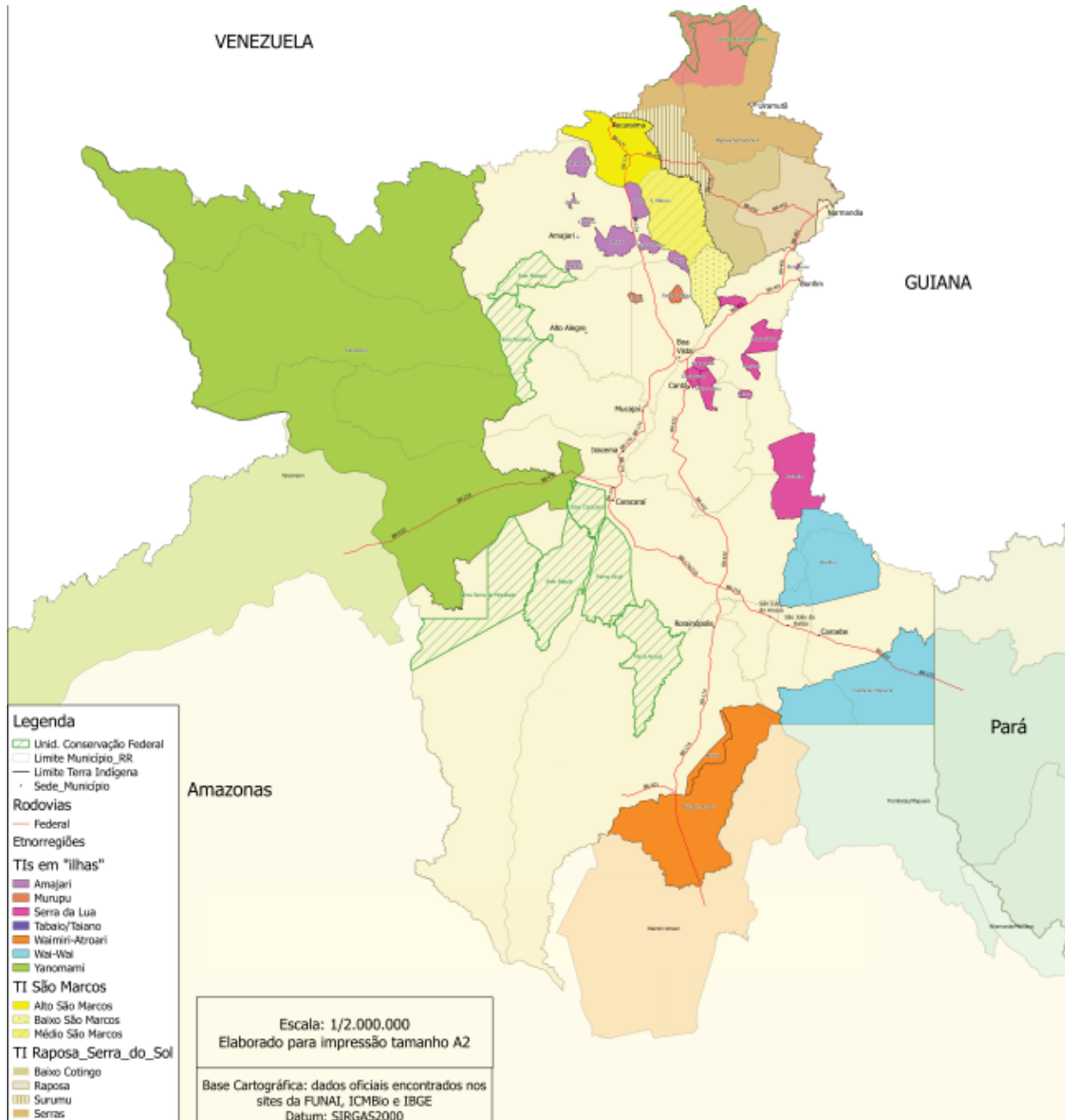


Imagem: Terras indígenas de Roraima organizadas conforme etnorregiões. Fonte: Coordenação Regional da Funai em Roraima. Responsável técnica: Inaye Uliana Perez.

Estatuto	Nº	Nomes	Área (ha)
----------	----	-------	-----------

Terras reivindicadas⁷	25	TI Manoá/Pium (Reestudo), TI Malacacheta (Reestudo), TI Jabuti (Reestudo), TI Sucuba (Reestudo), TI Ouro (Reestudo), TI Tabalascada (Reestudo), TI Jacamim (Reestudo), TI Mangueira (Reestudo), TI Boqueirão (Reestudo), TI Pium (Reestudo), TI Barata Livramento (Reestudo), TI Aningal (Reestudo), TI Truaru (Reestudo), TI Araçá (Reestudo), TI Anta (Reestudo), TI Murirú (Reestudo), TI Ponta da Serra (Reestudo), TI Arapuá (Identificação) , TI Serra da Moça (Reestudo), TI Canauanim (Reestudo)	Essas áreas não dispõem de perímetro oficialmente. A demanda foi formalizada junto à Funai e aguarda a constituição de um GT para que os estudos comecem a ser realizados.
Terras em estudo	1	TI Pirititi (Com restrição de ingresso determinada pela Portaria nº 1.549, de 05/12/2018, da Funai)	40.095
Terras regularizadas⁸	31	Ananás, Anaro, Aningal, Anta, Araçá, Barata/Livramento, Bom Jesus, Boqueirão, Cajueiro, Canauanim, Jabuti, Jacamim, Malacacheta, Mangueira, Manoá/Pium, Moskow, Muriru, Ouro, Pium, Ponta da Serra, Raimundão, Raposa Serra do Sol, Santa Inez, São Marcos, Serra da Moça, Sucuba, Tabalascada, Trombetas/Mapuera, Truaru, Wai-Wai e Yanomami	9.685.429,51
Terra regularizada em estudo de ampliação	1	Waimiri-Atroari (GT constituído pela Portaria s/n de 17 de junho de 2014)	666.712,85
Total	34		10.395.546,36

Vê-se que, só no Estado de Roraima, com a aplicação da **IN/FUNAI/N.9, mais de 10 milhões de hectares de territórios tradicionais deixarão de ser considerados Terra Indígena**, sendo retirados do SIGEF e ocultados do sistema de gestão fundiária. Proprietários de imóveis rurais que estiverem sobrepostos com todo esse território indígena, que, vale dizer, é bem imóvel da União, poderão obter declarações do SIGEF sem essa informação, criando um incomensurável risco não só para os indígenas e para o meio ambiente, como, também, para os negócios jurídicos que envolvam tais bens.

Conforme estudo burilado pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, o impacto da **IN/FUNAI/N.9** será particularmente avassalador em relação às terras

⁷ V. documento *Oficio 454 DPT.pdf*.

⁸ Nos mapas da nota técnica, terras homologadas (com Decreto Presidencial) e regularizadas (com Decreto e registradas em Cartório) foram denominadas como homologadas para simplificar a leitura.

Pirititi e **Arapuá**, por ainda se encontrarem em fase de estudos de identificação, e **Waimiri-Atroari**, em fase de estudos de ampliação (v. planilha *doc 5.pdf*).

Destaque-se que a **Terra Indígena Pirititi é habitada por um dos últimos grupos do planeta em isolamento voluntário e jamais contato pela sociedade majoritária**. É consenso internacional que os povos isolados são merecedores de especial atenção estatal, tendo em vista sua extraordinária vulnerabilidade social e imunológica. Parecer da Relatoria Especial dos Direitos dos Povos Indígenas à Assembleia-Geral das Nações Unidas, datado de 17/7/2018, sublinhou que:

Povos indígenas isolados e de recente contato.

É essencial (...) a implementação de medidas de proteção a esses povos, incluindo demarcação de terras, protocolos de saúde e contingência, sistemas de aviso prévio e medidas de prevenção de conflitos. (Grifou-se)

Levantamento promovido pela Secretaria de Perícia Pesquisa e Análise do MPF constatou a **existência atual de 560 (quinhentas e sessenta) ocupações – a rigor, turbações – sobrepostas a terras indígenas em Roraima** com inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR)⁹.

A fim de melhor evidenciar as dimensões do problema, colacionam-se abaixo as parcelas sobrepostas especificamente às TIs Waimiri-Atroari¹⁰ e Pirititi¹¹. São **29 (vinte e nove) turbações** sobre a terra dos Waimiri-Atroari e **31 (trinta e uma)** sobre a terra dos povos isolados Pirititi, a despeito da pendência dos estudos de ampliação e identificação, respectivamente.

PARCELAS SOBREPOSTAS A TERRAS INDÍGENAS ESPECIALMENTE VULNERÁVEIS	
TI Pirititi (estudos de identificação)	TI Waimiri-Atroari (estudos de ampliação)
RR-1400472-1FE03EC7A9694E6ABD3CE7AA0A2ABAD4 RR-1400472-1E56F2B0E1E14B1B9FF2B1BFF98F64F9 RR-1400472-0BEED7CB03E24A06B08EBBC5B1D19B43 RR-1400472-BA6CC3F511FF42F1B24385DAE5498AD1	RR-1400472-017599B937D34DBA82665A4EC46ED381 RR-1400472-0C062F8922B745CD98E91F80CD2974E9 RR-1400472-0DF60A58C9F7432993C4B6CD1945FB78 RR-1400472-0DF60A58C9F7432993C4B6CD1945FB78

⁹ Dados conforme planilha confeccionada pela SPPEA/MPF constante do *doc 6.xlsx*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Dados conforme Relatório do Instituto Socioambiental de 22/5/2020, constante das fls. 9/18, *doc 7.pdf*.

<p>RR-1400472-D6102490EED4455382DBD4AAC474683C RR-1400472-4DED6651AF5241A2B1043B136AF97953 RR-1400472-699F5C8F993447AEABAC80F856E77A6E <u>RR-1400472-6EBB6B0DC9E544E0A8F0DA2BC38A00C5</u> <u>RR-1400472-9EDF2F74699C45E19B8DA705D972A15D</u> <u>RR-1400472-F928D01B96AE41CC8AC29B2C67D4E856</u> RR-1400472-AF8C2C31A21A4193BF44DAFB3070E865 RR-1400472-74EC0B1B2CED4534991205DAC31E32F5 RR-1400472-0C062F8922B745CD98E91F80CD2974E9 RR-1400472-12A81AA415584C5EAE24E9A5AE8FE58 RR-1400472-09769379ABF24909B95F1EEC7AF1AC71 RR-1400472-90A39220944648E3AD6DF075CDF1D4FF <u>RR-1400472-B9222DE1D41F4D119244E2B7432EDD3B</u> RR-1400472-ACD8488B30F84788911E24BBCF61DF8B RR-1400472-4F37BDBA7E2D4A74A2AF7C2372C0B856 RR-1400472-234D6DC6C23A4FC0B0239A980481F0AA RR-1400472-BA9D15A107C44C5CBD62C9C40B18B07B RR-1400472-5F7AE5849DB04332AF26D97AEC3B4732 RR-1400472-69DE901CAEFD4A01A66C2612D1A58BF8 RR-1400472-95556337C7F744CDA3FBB82755B7DB2A RR-1400472-7C6B6FD2C96D48518560859BA3552482 RR-1400472-F9F43A7348F04556BC192B3354CD7050 RR-1400472-4717D01701C74C80B9E9B90930E443C1 RR-1400472-ECC997B603D3440CBC41E090A9DC6E41 RR-1400472-F306B4B1D9814E838B958774275CC830 RR-1400472-0B656790370546ED95FF001E8B640635 RR-1400472-44E91FFEEA2E48308FE0F8C93FBA2A22</p> <p>Obs. Em destaque, parcelas onde foram identificadas ações recentes de desmatamento.</p>	<p>RR-1400472-12C0F3D53F8D4D6A82B9A7F1152B85B0 RR-1400472-1CFA89D1AAA84EA685FB3411BB6A5685 RR-1400472-253F1A3206B448E1979C5E453A0EE7FF RR-1400472-4A0F412A617E432CBA8E8B56B28DBA07 RR-1400472-5DFFB649ECA54273AD699B6250D2D060 RR-1400472-77C684C86575421389D0DE17073D13D9 RR-1400472-7D33E281CD2E4B48A29C7EAA410F6520 RR-1400472-883ABE3F1E6448B392A46D4792173D14 RR-1400472-883ABE3F1E6448B392A46D4792173D14 RR-1400472-8D0DF49F14094B8D9C083B1DC200964C RR-1400472-94813EC79A444269B07EEE582721BE2E RR-1400472-94813EC79A444269B07EEE582721BE2E RR-1400472-95556337C7F744CDA3FBB82755B7DB2A RR-1400472-9DC50A37D70847F2B9D12F164E0FE9AA RR-1400472-9EDF2F74699C45E19B8DA705D972A15D RR-1400472-9F458DF40C8F45E1BC176BA69E053CC0 RR-1400472-A825AA7433D440FF909A4B363C40A75B RR-1400472-B83973A76EBE4B6F8B8B21BCAEB2F479 RR-1400472-D6102490EED4455382DBD4AAC474683C RR-1400472-F02C27AF027D4B33A8B669CA390A84EB RR-1400472-F02C27AF027D4B33A8B669CA390A84EB RR-1400472-F306B4B1D9814E838B958774275CC830 RR-1400472-F306B4B1D9814E838B958774275CC830 RR-1400472-F4F1351E685046D790AA1EC734D02ABA RR-1400472-F928D01B96AE41CC8AC29B2C67D4E856</p>
---	--

Perceba-se que, especificamente quanto à terra dos povos isolados Pirititi, a inscrição de parcelas ilegais no CAR já cobre quase metade do território, havendo registros recentes de desmatamento no local:

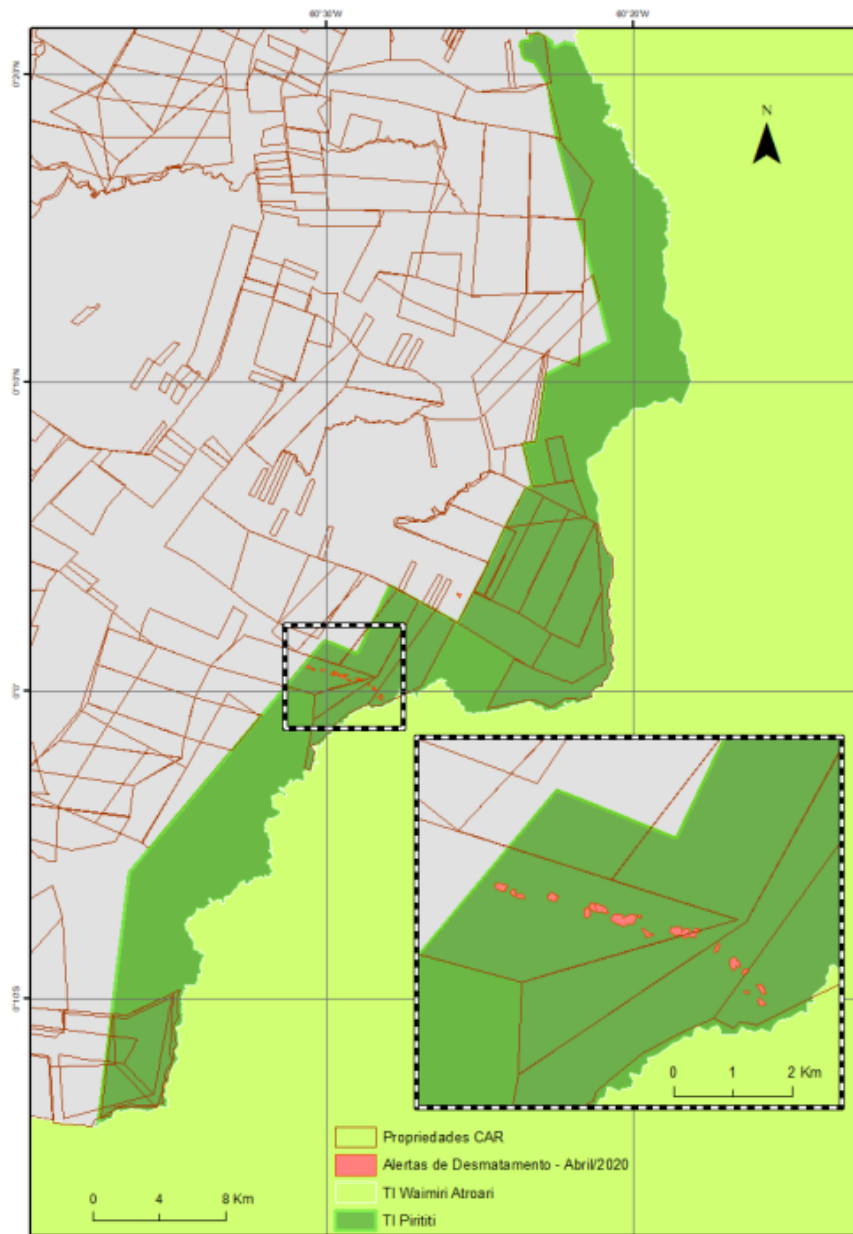


Imagem: Turbações inscritas no CAR sobrepostas à Terra Indígena Pirititi, conforme dados de abril de 2020. Fonte: Instituto Socioambiental.

O cenário acima apresentado evidencia o risco causado pela insegurança jurídica gerada pela IN/FUNAI/N.9, já que toda essa área – mais de 10 milhões de hectares – estará aberta para exploração e, ainda, para negócios jurídicos sem a informação quanto à sobreposição com terras indígenas.

Por tudo isso pode-se afirmar que não restam dúvidas quanto aos efeitos lesivos da IN/FUNAI/N.9, não só para os direitos territoriais indígenas, mas, também, para a

tutela do meio ambiente e para a própria segurança jurídica da gestão fundiária e dos negócios imobiliários.

III. DOS FATOS ANTECEDENTES À INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 9

Antes de expor os diversos vícios que maculam a **IN/FUNAI/N.9**, cumpre consignar que, em março de 2019, o INCRA propôs à FUNAI que o órgão considerasse apenas as sobreposições totais ou parciais de imóveis rurais com terras indígenas homologadas e/ou regularizadas, na análise dos requerimentos de certificação de imóveis rurais (Ofício n. 12895/2019/GABT-1/GAB/ P/SEDE/INCRA-INCRA¹²).

Em resposta ao INCRA, porém, a FUNAI emitiu a Informação Técnica n. 26/2019/ASSTEC-FUNAI¹³, por meio da qual rechaçou a proposta, sublinhando a natureza declaratória dos procedimentos demarcatórios e destacando as medidas que o agente público deve adotar em defesa dos territórios indígenas enquanto patrimônio público, como se depreende dos seguintes trechos:

13. Para trazer à tona os delineamentos normativos para a correta compreensão da questão, fundamental se faz destacar a natureza meramente declaratória do procedimento administrativo de identificação e delimitação de terras indígenas. Com isso, entende-se que o Estado, ao levar a termo o procedimento administrativo, apenas está a reconhecer direitos congênitos, originários, preexistentes a quaisquer escrituras. Em razão disso, temos que o reconhecimento de terras indígenas pelo Estado não se dá tão apenas com a homologação do procedimento demarcatório, tampouco apenas após a sua regularização. Pelo contrário, como corolário do direito do indigenato, consagrado pela CF/88, o ato administrativo de homologação e mesmo o ato administrativo de declaração apenas cancelam os estudos de identificação e delimitação realizados pelo órgão competente (no caso, a FUNAI) e que culminam na decisão do Presidente da Fundação quanto à delimitação da Terra Indígena, esse sim o ato administrativo a partir do qual o Estado passa a reconhecer oficialmente a ocupação tradicional de determinada comunidade indígena, mediante a publicação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação, com a proposta de delimitação de limites, conforme art. 1º e art. 2º, caput e § 7º, do Decreto 1.775/96.

(...)

19. Ressalte-se que terras de ocupação tradicional, nos moldes do art. 231 da CF/88, são indisponíveis, em razão do interesse público primário decorrente da própria Constituição, é dizer, em razão do direito ao usufruto exclusivo

¹² V. doc 4.pdf.

¹³ *Idem*.

conferido aos povos indígenas, o que, em outros termos, pode ser compreendido como direito coletivo assegurado em virtude de seu caráter difuso. Como decorrências da indisponibilidade do interesse público, nos termos definidos pela referida norma constitucional, temos o que segue:

Ao(s) agente(s) público(s) não é facultada a prerrogativa de abrir mão dos poderes instrumentais voltados, de maneira vinculada, para a consecução de um determinado fim previamente estabelecido por normas constitucionais e infraconstitucionais;

Ao administrador público não é facultada a prerrogativa de gerir o Estado desvinculado do interesse público primário (estabelecido materialmente a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais);

Ao administrador público veda-se dispor livremente dos deveres entregues pelas normas constitucionais e infraconstitucionais; e

Ao administrador público é imposto o dever de zelar pelo interesse público (compreendido a partir do materialmente delineado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais).

20. Ora, acaso o administrador público renunciasse aos poderes de agir para a consecução da gestão fundiária integrada, preterindo a observância vinculada dos ditames do art. 231 da CF/88, acarretaria uma insegurança jurídica de grandes proporções entre a fase de terras indígenas delimitadas e a fase de terras indígenas regularizadas. Isso porque, ao conferir ao particular documentação comprobatória de título de domínio, viria a autorizar direitos típicos da propriedade civil, autorizando particulares a usar, gozar e dispor livremente do bem imobiliário. Significa dizer ainda que o Estado, neste caso, ao praticar ato administrativo tendente a constituir direitos a particulares, estará:

legitimando, contra constitutionis, a situação de que não irá mais reconhecer terras indígenas;

ou então estará praticando atos administrativos conflitantes, avessos à racionalidade e à lógica jurídicas.

(...)

29. Pelo todo o exposto, não recomendamos a adoção nem a aprovação da proposta em questão encaminhada a esta Fundação.

Na sequência, a Procuradoria Federal Especializada Junto à FUNAI emitiu o Parecer n. 00044/2019/COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU¹⁴ por meio do qual reconheceu que o posicionamento técnico consubstanciado na Informação Técnica n.

¹⁴ V. doc 4.pdf.

26/2019/ASSTEC-FUNAI¹⁵ encontra total alinhamento com as previsões da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31/12/1976, art. 246, §§ 2º e 3º), destacando que *“a proposta encaminhada pelo INCRA (...) subverte a inteligência da Lei dos Registros Públicos que considera juridicamente relevante o fato jurídico da ocupação indígena tradicional da propriedade registrada, autorizando-se a averbação de tal condição, à qualquer tempo e durante todo o processo demarcatório”*. No referido parecer, ainda, a Procuradoria Federal afirma, em homenagem ao princípio da publicidade, a *“possibilidade de averbação nas matrículas dos imóveis de que as respectivas áreas estão sendo objeto de processo demarcatório a partir da aprovação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), pelo Presidente da FUNAI”*.

Não foi por outra razão, aliás, que o então Presidente da FUNAI, Franklimberg Ribeiro de Freitas, em ofício encaminhado à Ministra de Estado das Mulheres, da Família e dos Direitos Humanos versando sobre a proposta recebida do INCRA, destacou que *“cabe recordar que, a partir do momento em que é identificada como terra indígena (ainda que não concluído seu processo de regularização), uma área passa a configurar potencial patrimônio da União, impondo, como tal, a restrição das possibilidades de sua disposição. Igualmente, deve-se frisar que a certificação rural é instrumento necessário a diversos atos jurídicos entre particulares. Assim, percebe-se que a inovação proposta impõe diversas e complexas consequências aos entes estatais”* (Ofício n. 413/2019/PRES/FUNAI)¹⁶.

Agora, porém, mesmo após manifestação técnica do órgão, corroborada pela Procuradoria Federal Especializada, a FUNAI muda diametralmente seu posicionamento,

¹⁵ A esse respeito vale consignar que o presidente da FUNAI, ao responder a Recomendação n. 13/2020 (OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI – *doc 1.pdf*), apresentou o PARECER n. 00007/2020/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU, que, é imperioso consignar, trata apenas do Atestado Administrativo, não legitimando, em momento algum, a restrição da Declaração de Reconhecimento de Limites apenas às terras indígenas Homologadas, como realizado pela IN/FUNAI/N.9. Já o DESPACHO n. 00391/2020/GAB/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU, do Procurador-Chefe Nacional, também apresentado em anexo à resposta da FUNAI, cita jurisprudência supostamente dominante que contraria entendimento do Supremo Tribunal Federal e nega tanto o caráter originário dos direitos territoriais indígenas quanto a natureza declaratória do processo de demarcação.

¹⁶ V. *doc 4.pdf*.

em evidente alinhamento com a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento¹⁷ e prejuízo das populações indígenas.

IV. DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dado o impacto nacional da **IN/FUNAI/N.9**, as investigações quanto ao ato normativo se deram de forma paralela em diversas Procuradorias da República. No âmbito do Estado de Roraima, foi instaurado o Procedimento Preparatório nº 1.32.000.000593/2020-05, com o resumo "*Insegurança fundiária em terras indígenas. Apurar impactos da IN Funai nº 9/2020 e da inscrição indevida de posses no Cadastro Ambiental Rural (CAR)*".

Na esteira das apurações, foi expedida a Recomendação nº 13/2020 (*doc 2.pdf*), assinada por 49 procuradores e procuradoras da República lotados em 23 diferentes Estados da Federação¹⁸.

O presidente da FUNAI e o Presidente do INCRA, contudo, responderam a referida Recomendação, respectivamente, por meio do OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI (*doc 1.pdf*)¹⁹ e do OFÍCIO Nº 26186/2020/GABT-1/GABT/GAB/P/SEDE/INCRA-INCRA (*doc 3.pdf*)²⁰, informando o seu **não acatamento**, razão pela qual não restou ao MPF outra alternativa a não ser buscar a tutela jurisdicional.

V. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

V.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

¹⁷ Cf.:

<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/6053-funai-e-ministerio-da-agricultura-discu-tem-gestao-fundiaria> (Acesso em 12/05/2020).

¹⁸ "O documento foi assinado por 49 procuradores de 23 estados. É o maior esforço de que se tem notícia no MPF, desde o início do governo Jair Bolsonaro, para demonstrar repúdio aos desmandos da atual gestão da Funai." (Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/mpf-quer-que-funai-anule-norma-que-diminuiu-protecao-a-terras-indigenas/>)

¹⁹ Os fundamentos trazidos pelo presidente da FUNAI estão expostos ao longo da peça, em notas de rodapé.

²⁰ O presidente do INCRA negou-se a acatar a Recomendação, mas não refutou seus termos, alegando, apenas, que cabe à FUNAI o pronunciamento sobre terras indígenas, sendo o INCRA apenas o gestor do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, nos termos da Instrução Normativa/INCRA/nº 77/2013, art. 2º.

A legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para promover ação civil pública no presente caso é inafastável, nos exatos termos dos artigos 127 e 129, inciso III e V, da Constituição Federal.

Com efeito, além de a causa de pedir da presente pretensão estar relacionada a vícios de um ato administrativo oriundo da administração pública indireta federal e as providências pedidas ao final serem de atribuição de órgãos federais (FUNAI e INCRA), é evidente o grave reflexo danoso da **IN/FUNAI/N.9** sobre o interesse das populações indígenas, enquadrando-se, portanto, na hipótese do inciso V do art. 129 da CF/88.

O mesmo se pode afirmar quanto à competência da Justiça Federal, haja vista o teor do art. 109, I e XI, da CF/88.

Com efeito, é sabido que a competência da Justiça Federal define-se, neste caso, pelo interesse da União concernente à regularidade dos atos administrativos federais. Além disso, como consignado acima, não se pode ignorar que o ato atacado viola o direito dos povos indígenas.

Com isso, seja pelo inciso I, seja pelo inciso XI, ambos do art. 109 da Constituição Federal, não há dúvidas quanto à competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a presente pretensão.

Já em relação à competência desta Seção Judiciária, são inegáveis os efeitos regionais da **IN/FUNAI/N.9**, razão pela qual os pedidos formulados ao final desta peça dizem respeito à manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas do Estado de Roraima no SIGEF e no SICAR, mesmo que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído. Irrefutável a incidência neste caso, portanto, da previsão do art. 93, II, do CDC c/c art. 21 da Lei n. 7.347/85.

Com isso, não restam dúvidas acerca da legitimidade ativa do MPF nem da competência, material e territorial, da Seção Judiciária de Roraima²¹.

²¹ O presidente da FUNAI, vale dizer, ao responder a Recomendação n. 13/2020, afirma que “as questões aqui pontuadas pela FUNAI, por não encontrarem guarida no MPF, representam fundada **controvérsia a ser dirimida**, em definitivo, pelo Guardião da Constituição do País: o **Supremo Tribunal Federal**” (OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI – *doc 1.pdf*, g.n.). Ocorre, porém, que o

V.2. DA ORIGINALIDADE DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS SUAS TERRAS E DA NATUREZA DECLARATÓRIA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 impõe uma leitura intercultural de todo o seu texto. Isso significa que os conceitos e institutos nela contidos devam ser interpretados não apenas à luz das visões dominantes, mas, também, à luz dos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira. Como consequência, certos conceitos como “propriedade”, “patrimônio”, “bens” e outros devem ser analisados e pensados em claro respeito às diversas compreensões existentes em uma sociedade plural. Em outras palavras, a definição de um termo não pode ser pensada a partir de uma única compreensão, sob pena de excluir, de maneira discriminatória, outras concepções legitimamente adotadas pelos grupos que compõem a sociedade brasileira.

Esta premissa é importante para entender que os direitos indígenas podem ser analisados e extraídos de todo o texto constitucional. É inegável que o capítulo específico da Constituição é uma conquista desses grupos, mas não pode jamais significar que o Texto Constitucional só lhes diz respeito naquele trecho específico e em outros dispositivos, como os artigos 215 e 216. Pensar dessa forma implica favorecer a ideia de que existe uma Constituição dos não indígenas, com meras acomodações e concessões aos indígenas em pontos determinados.

Assim, a previsão específica do art. 231 não exclui, por exemplo, a densificação dos direitos territoriais a partir do próprio art. 5º, XXII, da Constituição, uma vez que a compreensão plural e intercultural do Texto Constitucional não pode impor a prioridade ou singularidade da propriedade privada em face de outras formas de relação com a terra e territorialidades específicas. Deve-se, na verdade, pensar em “propriedades”, no plural²².

mesmo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, decidiu, recentemente, por **não conhecer da ADPF n. 679/DF**, que tinha por objeto a mesma Instrução Normativa n. 9 da FUNAI (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/DecisoMinLuizFuxnaADPF679daRede.pdf>> Acesso em 13/05/2020).

²² Tal perspectiva, aliás, foi adotada pela Corte Interamericana ao adotar interpretação evolutiva ao art. 21 da Convenção Americana, a despeito da previsão literal de “direito à propriedade privada”. Nesse sentido: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001.

Mais do que isso, aliás, é necessário sublinhar que a conformação do direito ao território indígena, feita pelo art. 231, § 6º, pressupõe, em verdade, uma predominância desse direito em relação a qualquer propriedade privada. Com efeito, prevê o dispositivo:

Art. 231. (...) § 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.

Corroborando tal afirmação, inclusive, o fato de que o caráter originário do direito dos índios às terras que ocupam não foi estabelecido pela Constituição de 1988, mas, sim, apenas reafirmado, denotando a precedência desse direito e evidenciando a natureza declaratória do direito dos índios às terras de ocupação tradicional, previsto no seu art. 231. Em outras palavras, há um reconhecimento constitucional do respeito aos territórios, que já existia nas Constituições anteriores, cuja proteção, portanto, é garantida independentemente da demarcação formal.

Com isso, é forçoso concluir que o art. 231, §6º, da CF/88 e o caráter originário dos direitos territoriais indígenas asseguram, quando o processo de demarcação ainda não se concluiu, a precedência *prima facie* desses direitos sobre a propriedade privada.

Esse entendimento pode ser extraído, inclusive, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo o tribunal, o ato de demarcação possui caráter declaratório de um direito originário “mais antigo do que qualquer outro”, como se depreende da ementa do julgado abaixo:

(...) os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.²³

²³ STF, Pet 3388, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 19.03.2009.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), vale dizer, comunga do mesmo entendimento do STF quanto à natureza declaratória da demarcação de Terras Indígenas, já tendo expressado esse entendimento em diversos julgados (MS 16850, Primeira Seção, DJE DATA: 05/12/2014; MS 16789, Primeira Seção, DJE DATA: 05/12/2014; MS 16702, Primeira Seção, DJE DATA: 01/07/2016; MS 20683, Primeira Seção, DJE DATA: 08/11/2016; AINTMS 22808, Primeira Seção, DJE DATA: 14/02/2017)²⁴.

Note-se, com isso, que o processo demarcatório não é pré-requisito para o estabelecimento de direitos territoriais, tendo em vista o reconhecimento feito pela Constituição de uma realidade indicada pela singular relação dos povos indígenas com os seus territórios, de modo que o procedimento, de caráter administrativo, permite, em verdade, estabilizar os direitos territoriais indígenas perante os não indígenas e formalizá-lo em caráter definitivo. Permite-se, assim, estabelecer, com segurança jurídica, os limites da propriedade privada com um outro tipo de compreensão de “propriedade”, que goza do mesmo status constitucional e, no sopesamento realizado pelo art. 231, § 6º, tem precedência sobre a primeira.

Essa formalização, é inegável, depende de uma atuação positiva do Estado. Na qualidade de tradutor intercultural, o Estado deve adotar as medidas necessárias para garantir que o território indígena, na forma como pensada por aqueles povos, seja assegurado. Para tanto, devem ser constituídos grupos técnicos, com a participação de antropólogos dotados de expertise para analisar a reivindicação. Tal procedimento, atualmente previsto no Decreto n. 1.775/1996, está sujeito também à contestação e impugnação, observando-se o devido contraditório.

Por outro lado, a demora do Estado em cumprir o seu dever de formalização não pode, em nome de uma suposta segurança jurídica, diminuir o nível de proteção constitucional aos direitos territoriais indígenas. Tal omissão não pode, ao fim e ao cabo, afetar o próprio núcleo do direito fundamental territorial.

²⁴ O presidente da FUNAI, porém, ao responder a Recomendação n. 13/2020, aponta como “jurisprudência **majoritária** do País” (OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI – *doc 1.pdf*, g.n.) uma única decisão do Superior Tribunal de Justiça e duas do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, todas contrárias ao entendimento consolidado do STJ e, principalmente, do STF, como demonstrado acima.

Deveras, ao se omitir, o Estado incorre na proteção deficiente. Como ensinam Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, o princípio da proporcionalidade é pensado historicamente como instrumento para impor limites aos excessos no exercício do poder estatal. Contudo, considerando o fato de que o Estado deve agir positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, há violações à ordem jurídica não apenas quando intervém de maneira excessiva sobre liberdades, ou relações sociais, mas também quando deixa de atuar de maneira adequada em favor de direitos fundamentais e outros bens jurídicos relevantes, ou atua de maneira insuficiente.

Os autores observam, ainda, a franca relação da proibição da proteção deficiente com o dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, salientando que

A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal –, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente²⁵.

No caso em exame, portanto, a omissão estatal está sujeita à análise dos requisitos do princípio da proporcionalidade. Ao fazer prevalecer o registro de títulos em territórios que deverão ser demarcados – e que não o foram em razão da mora do Estado brasileiro –, a FUNAI omite-se no dever de proteção do patrimônio público e suscita em não indígenas a ideia de que é necessário/possível avançar sobre essas áreas. A violação do princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente, apresenta-se com todo o vigor, pois está sendo criada uma estrutura e uma organização para justamente não efetivar os direitos territoriais indígenas.

Quanto ao teste de adequação, não há dúvidas quanto à finalidade de causar prejuízo aos direitos fundamentais dos povos indígenas. Não existe, na **IN/FUNAI/N.9**

²⁵ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 482.

uma finalidade de promoção desses direitos, mas, sim, de diminuir a sua proteção e, ao fim, inviabilizá-los. Também se mostra inadequada do ponto de vista jurídico, com grande potencial de produzir ações ineficientes, dada a **sobreposição de títulos com territórios indígenas, dificultando o desenrolar de processos demarcatórios e repercutindo em diversos negócios jurídicos**²⁶.

No que se refere ao teste de necessidade, existem inegáveis meios menos gravosos que a **IN/FUNAI/N.9** e outras maneiras de reorganizar a política indigenista, respeitando-se a autonomia dos povos indígenas e trazendo aspectos técnicos e plurais para a sua resolução, sempre em diálogo e, sobretudo, respeito em relação aos grupos. Nesse ponto, a instrução normativa anterior continha previsões em tom adequado, ao mencionar o atestado administrativo, que era um documento para orientar a atuação da autarquia, e não legitimar a ação de invasores.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, cabe ressaltar que está em jogo a existência desses povos, em detrimento da condução de uma política de Estado que possa sofrer reorientação. É necessário levar em conta o grau de vulneração que será causado aos povos indígenas com essas omissões.

Em resumo, portanto, em razão do art. 231, § 6º, a Constituição estabeleceu uma restrição constitucional direta²⁷ do direito de propriedade privada dos particulares em favor do direito territorial indígena, impondo-se aos órgãos estatais a formalização dessa prevalência por meio não só da demarcação, mas da garantia de medidas prévias à demarcação em favor da proteção dos territórios.

²⁶ Ver, a esse respeito, o disposto no art 54 da Lei n. 13.097/15.

²⁷ Restrições diretamente constitucionais são aquelas que decorrem, de forma implícita ou explícita, de normas com hierarquia constitucional. Nesse sentido, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

Com isso, a **IN/FUNAI/N.9**, ao violar o princípio constitucional da proporcionalidade e a vedação da proteção deficiente, nega o caráter originário do direito dos índios às suas terras e a natureza declaratória da demarcação²⁸.

V.3. DA DUPLA PROTEÇÃO E DO PAPEL DA FUNAI EM RELAÇÃO ÀS TERRAS INDÍGENAS

É possível afirmar, diante de todo o exposto no tópico anterior, que o art. 231 da CF/88 assegura às terras indígenas uma tutela de dupla dimensão, ou seja, de defesa e de prestação do direito fundamental em tela. A dimensão de defesa orienta a necessidade de abstenção estatal quanto ao usufruto constitucional pelos indígenas de suas terras, antes mesmo da conclusão do processo demarcatório. A dimensão de prestação, por sua vez, prescreve medidas que efetivamente garantam a realização desse direito. Nesse contexto, **inserem-se não apenas a demarcação das terras, mas também as devidas ações de fiscalização e proteção, bem como as medidas preventivas de proteção e garantia do direito.**

Noutro sentido, cabe mencionar, ainda, a dimensão organizacional e procedimental da Terra Indígena. Não basta afirmar os direitos, é necessário também torná-los efetivos, estáveis e respaldados pelo ordenamento. Para tanto, o art. 231 impõe, por decorrência lógica, que o Estado adote certos procedimentos e organizações, sob pena de os direitos territoriais indígenas não serem efetivados²⁹. Tais providências são fundamentais, dado o seu **caráter contramajoritário e o histórico assédio sobre as terras indígenas**. Trata-se, em suma, de um dever de proteção pelo Estado, abrangendo a estruturação de órgãos responsáveis pela demarcação de terras indígenas, com recursos adequados e suficientes, e a adoção de procedimentos de identificação e delimitação, bem como o estabelecimento de regras e mecanismos administrativos e judiciais que afastem qualquer violação do direito.

²⁸ Contudo, o presidente da FUNAI, ao responder a Recomendação n. 13/2020, afirmou que, “mesmo após edição de Portaria Ministerial declaratória de limites, **inexiste terra indígena antes do ato final de demarcação: a Portaria Homologatória**, editada pelo Presidente da República, é que torna a área em estudo bem da União com usufruto exclusivo dos indígenas reconhecidos como ocupantes tradicionais” (OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI – *doc 1.pdf*, g.n.).

²⁹ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 338.

Diante disso, é necessário que a União adote medidas positivas de proteção às terras indígenas, as quais, é imperioso lembrar, constituem bem público federal (art. 20, inciso XI, da Constituição Federal) e consagram a perspectiva intercultural do Estado brasileiro. Nesse ponto, os direitos de defesa convergem com os direitos de prestação para que se assegure efetivamente a reprodução dos modos de vida dos povos em seus territórios.

Com efeito, foi conferida à União a titularidade das terras indígenas, o que deve ser entendido como uma dupla proteção, decorrente da caracterização como uma “propriedade” vinculada, destinada a conferir a esses povos bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. O STF, inclusive, já tratou desse caráter vinculado da propriedade da União, conforme manifestação do Min. Celso de Mello no julgado abaixo:

A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas concernentes à recusa constitucional do direito à indenização ou do próprio acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, ar. 231, § 6º)³⁰

Ademais, em julgamentos recentes, o plenário do STF voltou a analisar, por meio das ACO 362³¹ e 366³², questões territoriais indígenas, referentes a pleitos de desapropriações indiretas. É importante notar, nas manifestações dos Ministros, o reconhecimento do caráter singular das terras indígenas. O Min. Alexandre de Moraes, por exemplo, ressaltou a teoria do indigenato, a qual enfatiza o caráter originário das terras indígenas, tendo destacado que deslocamentos compulsórios e venda ilícita de áreas não descaracterizaram a permanência da ocupação. Já o Min. Edson Fachin ressaltou a noção

³⁰ STF, RE 183.188-0/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10.12.1996.

³¹ O acórdão ainda não foi publicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 362-MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16.08.2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jgovKwDd6GU>>. Acesso em 27 set. 2017.

³² O acórdão ainda não foi publicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 366-MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16.08.2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jgovKwDd6GU>>. Acesso em 27 set. 2017.

histórica de *habitat*³³, construída por Victor Nunes Leal³⁴, e o Min. Roberto Barroso, em *obiter dictum*, realçou que a ocupação tradicional só pode ser descaracterizada se os indígenas deixaram voluntariamente as terras.

Por conseguinte, deve-se reconhecer que o art. 231 da Constituição impõe uma dimensão que vai além da própria declaração nele contida. A densificação da proteção territorial dos direitos territoriais indígenas não pode prescindir dos mecanismos de efetivação, sob pena de o Estado incorrer em omissão inconstitucional e proteção deficiente desses direitos. Há, no caso, uma dupla proteção, consistente em (i) viabilizar plenamente os direitos territoriais, no âmbito formal; e, por essa razão, (ii) não agir em contrariedade aos usos para os quais o território foi destinado, já que o art. 20, XI, da Constituição não confere tais prerrogativas ao ente federativo e pressupõe o exercício autônomo do direito pelos indígenas.

Em síntese, portanto, o papel da União e da FUNAI consubstancia-se, neste caso, à luz dos dispositivos constitucionais acima, em defender a territorialidade indígena, em favor dos anseios dos povos interessados e contra terceiros, inclusive antes da demarcação.

No caso da autarquia, aliás, trata-se de seu papel institucional, à luz da leitura constitucional do art. 1º, I, da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Nesse sentido, o principal escopo da FUNAI, desde a sua criação em 1967, mas ressignificado após 1988, é justamente executar a política de reconhecimento, proteção e gestão territorial. Em geral, as políticas sociais são acompanhadas pela autarquia, ainda que executadas por outros órgãos e entes, como a Secretaria Especial de Saúde Indígena, e os municípios e estados, no caso da

³³ Sobre o tema, veja-se: “O Estado brasileiro deverá garantir os direitos à continuidade de ocupação e uso destas terras pelas populações indígenas. Aliás, este direito, em que pese a sistemática violação, já está reconhecido na legislação colonial, no Império e nas Constituições republicanas a partir de 1934, faz parte de nosso sistema jurídico. O conceito de terra indígena, na definição de sua extensão, deve ser o conceito de *habitat*, isto é, a terra indígena é aquela necessária para que o grupo possa não só sobreviver fisicamente, mas, acima de tudo, reproduzir sua cultura. Assim, o território indígena compreende o espaço utilizado para habitar, produzir alimentos, caçar, pescar e desenvolver a coleta de frutos. Urge a regulamentação das terras indígenas quanto à preservação do meio ambiente e à compatibilização com reservas florestais e parques nacionais, estaduais e municipais”. (CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 169-170).

³⁴ Tal noção foi desenvolvida no julgamento do RE 44.585. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 44.585, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julg. 30.08.1961.

educação. O acompanhamento da FUNAI é feito mediante a interlocução com os órgãos executantes e tem como elemento transversal o território.

Entre as atividades a serem desempenhadas pela FUNAI está a de exercer o seu dever nas matérias atinentes à proteção do índio (art. 1º, VII, da Lei nº 5.371/67). Isso não quer dizer “tutela dos povos indígenas”, paradigma já superado, mas interlocução e interação para garantir o livre exercício de seus projetos de vida. A proteção demanda atuação na garantia da integridade territórios.

Note-se que tanto a FUNAI quanto a União, portanto, estão obrigadas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional a exercerem ações de fiscalização e proteção territorial independentemente da existência de uma situação de conflito. Nesse contexto, os discursos, as intenções exteriorizadas e as manifestações administrativas importam, pois indicam os sinais da atuação do Estado no cumprimento de seu dever constitucional.

Por fim, nem mesmo o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, aprovado pela Presidência da República, vale, neste momento, como salvo-conduto para o cenário de violações que se avizinha com a edição da **IN/FUNAI/N.9**.

Com efeito, é sabido que o referido parecer procurou aplicar, de forma vinculante à Administração Pública Federal, o marco temporal e as condicionantes previstas no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR). Ocorre, contudo, que o Min. Edson Fachin, no RE 1017365, suspendeu os seus efeitos. Na decisão, o ministro aponta que, embora o parecer afirme estar baseado em precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal, a Corte não decidiu que a aplicação deveria ser automática ou compulsória. Trata-se, em verdade, de tema a ser analisado conforme a situação concreta, dado o fato de que, no julgamento dos embargos de declaração, não se reconheceu o caráter vinculante do julgado:

Não se trata, a toda evidência, de retirar a autoridade da decisão prolatada pela Corte no julgamento da Pet 3.388, como alegado pela União e pela FUNAI. Trata-se, em verdade, de aferir a interpretação conferida pelo ente ao decidido no julgado e, de acordo com os fundamentos acima lançados, de respeitar todas as suas possibilidades hermenêuticas, pois em momento algum o decisor converteu a decisão administrativa em demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas em simples cálculo matemático,

olvidando-se, por exemplo, de considerar todas as circunstâncias antropológicas da ocupação, do modo de vida e também eventual esbulho renitente praticado por terceiros não índios nas áreas.

Ainda que os efeitos da repercussão geral, consoante o disposto na legislação processual, se estendam aos processos que tratem da mesma matéria alegada, é evidente que o acórdão proferido no presente feito irá influenciar o âmbito administrativo, o que se demonstra pela própria edição do ato aqui questionado, o qual pretendeu interpretar e aplicar o que restou decidido na Pet 3.388.³⁵

Conclui-se, portanto, que a edição da **IN/FUNAI/N.9** contraria as funções previstas, constitucional e legalmente, tanto para a União quanto para a FUNAI, violando a dupla proteção especial dada pelo Texto Constitucional às terras indígenas.

V.4. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Como se sabe, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada na ordem jurídica interna brasileira pelo Decreto n. 5.051³⁶, de 19 de abril de 2004, determinou, em seu artigo 14, item 2, que o Estado signatário deve adotar todas as medidas necessárias para identificar as terras que os povos indígenas ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.” (g.n.)

³⁵ ID n. 235722424.

³⁶ O Decreto n. 5.051/04 foi recentemente substituído pelo Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabeleceu que os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica das terras e territórios tradicionais dos povos indígenas em seu artigo 26.

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.(g.n.)

Nesse contexto – e diante do teor da **IN/FUNAI/N.9**, bem como de todas as suas consequências danosas acima mencionadas –, é imperioso lembrar que

(...) a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade. (...) O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional³⁷.

E, em complementação,

(...) sendo os direitos sociais integrantes das estruturas de proteção geral dos direitos humanos, não há qualquer obstáculo para a inserção das normas internacionais de índole laboral, em especial as tradicionais convenções da Organização Internacional do Trabalho, na estrutura de controle de convencionalidade das normas em geral. Inexistem diferenças ontológicas entre os tratados em matéria de direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e os demais instrumentos internacionais voltados para a proteção do trabalho humano. (...) A inserção do controle de convencionalidade, da forma pela qual foi construído para a mensuração da eficácia dos tratados sobre direitos humanos em geral, apresenta-se como uma resposta concreta e objetiva para a solução do problema. Não é mais admissível que os direitos de índole social, enquanto integrantes do núcleo regulador dos direitos humanos, sejam classificados

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In: **Controle de Convencionalidade: Temas Aprofundados**. Luciano Mariz Maia et Yulgan Lira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2018. p.47-8.

como uma espécie secundária ou irrelevante no quadro de defesa das prerrogativas decorrentes da dignidade da pessoa humana”³⁸.

Com isso, já que as normas internacionais de Direitos Sociais estão inseridas no mesmo bloco de Direitos Humanos composto pelos Direitos Individuais, é forçoso concluir que tanto aquelas quanto estas constituem parâmetro de verificação da convencionalidade das normas internas, posto que nenhuma norma interna menos protetiva pode se sobrepor a uma norma internacional mais benéfica. Trata-se do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo (Princípio *pro homine*) previsto no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse jaez,

Conquanto inexista no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa para a realização do controle difuso de convencionalidade ou a existência de uma cláusula de interpretação conforme o direito comparado – como ocorre na Constituição da Espanha de 1978 (art. 10.2); na Constituição de Portugal de 1976 (art. 16.2); na Constituição da Bolívia de 1988 (art. 13, IV); na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 93); na Constituição do Peru de 1993 (art. 4º da disposição final e transitória); na Constituição do México (art. 1º, §2º) –, pensamos que o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, que tratam do bloco de constitucionalidade e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito constitucional, autoriza a realização do controle difuso de convencionalidade e permite a adoção, por parte do operador do direito, de um processo interpretativo de harmonização que prestigie o princípio *pro homine* e consagre os direitos e garantias constitucionais e convencionais, deixando-se de aplicar, incidentalmente, a norma interna, em prestígio da disposição oriunda de tratado internacional, mais benéfica à pessoa humana.³⁹

Destarte, e como bem pontua a Juíza Federal Sylvania Marlene de Castro, “(...) o pluralismo constitucional está a exigir uma nova postura do aplicador do direito, que não se deve pautar pelo princípio da hierarquia, mas deve observar a abertura constitucional, o bloco de constitucionalidade e a prevalência de normas de direitos humanos”⁴⁰, de modo que “aos juízes e órgãos da Justiça nacional compete a missão de tutelar os direitos fundamentais

³⁸ CORDEIRO, Wolney de Macedo. O Controle de Convencionalidade e a Reforma Trabalhista: adequação da Lei n. 13467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: **Controle de Convencionalidade: Temas Aprofundados**. Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2018. p. 390-1.

³⁹ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. **Controle de Convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 182.

⁴⁰ Idem, p. 171.

constitucionais e o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado tenha reconhecido através de instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional tenha assumido”⁴¹.

Conclui-se, portanto, de todo o exposto acima, que normas de Direito Interno que afastem ou diminuam a proteção ao direito dos Indígenas aos seus territórios não resistem ao controle de convencionalidade, pois não há falar em respeito à Convenção n. 169 da OIT, à Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas ou mesmo às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (como no caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua) sem a devida proteção à territorialidade indígena como direito originário.

E não é outro o caso da **IN/FUNAI/N.9**, que contraria de forma flagrante normas internacionais de Direitos Humanos. Daí ser este um dos fundamentos do ajuizamento da presente demanda, uma vez que

(...) não existe, no direito brasileiro, um meio próprio de impugnação de atos atentatórios ao direito supralegal (lê-se, TIDH). Dessarte, a ACP se apresenta como sucedâneo processual apto a colmatar a lacuna existente em relação ao controle supralegal de convencionalidade coletiva, tendo em vista que se trata de novos direitos transindividuais infringidos. (...) [E]mbora seja pedido principal, o controle de convencionalidade exercido pode ser considerado como controle incidental por via de defesa, já que sempre terá, como pano de fundo, a proteção de direitos subjetivos em dimensão transindividual.⁴² (g.n.)

Por fim, não bastassem todos os aspectos consignados acima para atestar o vício de inconvenção da **IN/FUNAI/N.9**, é imperioso lembrar, ainda, que a Convenção n. 169 da OIT também estabelece, em seu art. 6º, 1, *a*, o dever do Estado de “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (g.n.).

Ocorre, porém, que não se tem notícia de submissão da **IN/FUNAI/N.9** a processo de consulta prévia, livre e informada com os povos indígenas de Roraima, muito

⁴¹ Idem, p. 183.

⁴² LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de Convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos**. João Pessoa: Ideia, 2016, p. 139-141.

menos que eles tenham com ela consentido. Ao contrário, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, por exemplo, posicionou-se contrariamente à **IN/FUNAI/N.9** ao divulgar Nota Técnica da Indigenistas Associados (INA)⁴³.

Forçoso concluir, portanto, que a **IN/FUNAI/N.9** viola tratados internacionais de Direitos Humanos e, ainda que assim não fosse, é ilegal porque, na sua elaboração, o Estado Brasileiro não cumpriu seu dever de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas, inegavelmente atingidos pela medida administrativa.

V.5. DA VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E À PUBLICIDADE

O processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como se sabe, é regulamentado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que estabelece um procedimento com as seguintes fases: (1) formação de grupo técnico para realização de estudos de identificação com o fim de delimitar a terra indígena; (2) apresentação e aprovação de relatório de estudo pela FUNAI e posterior publicação oficial; (3) apresentação de eventuais contestações pelos interessados; (4) declaração dos limites da terra indígena por meio de Portaria a ser expedida pelo Ministro da Justiça; (5) demarcação física da terra indígena a ser realizada pela FUNAI; (6) homologação do procedimento de demarcação de terra indígena por decreto expedido pelo Presidente da República; (7) registro da terra demarcada e homologada no cartório de registro de imóveis da comarca correspondente e na SPU (Secretaria de Patrimônio da União).

Da mesma forma, como visto acima, o processo de demarcação de Terra Indígena não dá nem retira direitos, ele apenas explicita a extensão e os limites do território tradicional ocupado por determinado povo indígena. Como já largamente explicitado, o ato de demarcação de terra indígena é meramente declaratório.

E tal natureza declaratória, como também já explicitado alhures, decorre das determinações constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. Ocorre, porém, que tal natureza não é, *per se*, suficiente para garantir o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as

⁴³ Disponível em: <http://apib.info/2020/04/28/nota-tecnica-a-instrucao-normativa-da-funai-no-092020-e-a-gestao-de-iteresses-em-torno-da-posse-de-terras-publicas/> (Acesso em 13/05/2020).

terras que tradicionalmente ocupam, independentemente da sua demarcação física e da finalização do processo pela União. A ação demarcatória, porém, é fundamental e urgente enquanto ato governamental de reconhecimento, objetivando definir a real extensão da territorialidade indígena a fim de assegurar a proteção dos limites demarcados e permitir o encaminhamento da questão fundiária nacional.

É importante apenas não perder de vista que a necessidade de um processo de demarcação para viabilizar o exercício do direito territorial indígena e proteger o território tradicional não autoriza negar a originalidade de tal direito e a natureza declaratória do processo.

A esse respeito, vale lembrar que a Lei n. 11.952/2009, que dispõe sobre regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, prevê em seu art. 4º que “não serão passíveis de alienação ou concessão de direito real de uso, nos termos desta Lei, as ocupações que recaiam sobre áreas: (...) II - tradicionalmente ocupadas por população indígena”.

Outrossim, a Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos) estabeleceu a ampla publicidade do processo demarcatório de terras indígenas ao dispor, no §2º do art. 246, que, “tratando-se de terra indígena com demarcação homologada, a União promoverá o registro da área em seu nome”, e ao prever, no §3º do mesmo artigo, que, “constatada, durante o processo demarcatório, a existência de domínio privado nos limites da terra indígena, a União requererá ao Oficial de Registro a averbação, na respectiva matrícula, dessa circunstância” (g.n.).

Vê-se, com isso, aliás, que a publicidade do processo de identificação de terras indígenas deve ser ampla não só para a defesa dos interesses dos titulares do direito territorial, ou seja, os indígenas, mas, também, para **assegurar a devida proteção de pessoas físicas ou empresas de boa-fé que venham a entabular negócios jurídicos com detentores de títulos incidentes sobre tais territórios**.

Deveras, vale lembrar que, nos termos do art. 54 da Lei n. 13.097/15, “os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre

imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel” as informações ali elencadas. E, entre outras informações previstas, está a “averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei” (inciso III), como é o caso do art. 246, §§ 2º e 3º, da Lei n. 6.015/73.

A consequência prática e danosa disso está no fato de que “não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel” (art. 54, p.ú., da Lei n. 13.097/15).

Daí a conclusão de que a **IN/FUNAI/N.9**, ao excluir grande parte das terras indígenas do país da observância do princípio da publicidade, gera inegável insegurança jurídica, pois pode acarretar graves danos derivados da utilização de títulos declarados nulos e extintos, incidentes sobre terras indígenas, em negócios jurídicos com terceiros de boa-fé.

Em sentido contrário à **IN/FUNAI/N.9**, aliás, visando justamente à regularidade fundiária, o **Conselho Nacional de Justiça**, instado por meio do Pedido de Providências (PP) n. 0005735-19.2015.2.00.0000, editou o **Provimento n. 70/2018 para regulamentar matéria concernente ao registro de Terra Indígena com demarcação homologada**, bem como a averbação da existência de processos demarcatórios de terras indígenas em matrículas de domínio privado existentes nos seus limites.

O caráter originário do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, bem como a nulidade e extinção dos atos que têm por objeto a ocupação, o domínio e a posse de áreas em terras demarcadas indígenas foram considerados como fundamentos da edição do ato normativo pelo CNJ, que restou assim redigido:

“PROVIMENTO Nº70 DE 12 DE JUNHO DE 2018.

Dispõe sobre abertura de matrícula e registro de terra indígena com demarcação homologada e averbação da existência de demarcação de área indígena homologada e registrada em matrículas de domínio privado incidentes em seus limites.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais e

(...)

CONSIDERANDO o reconhecimento aos indígenas dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegendo e fazendo respeitar todos os seus bens (art. 231, §6º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO a possibilidade de cancelamento de averbações e que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231, §6º, da Constituição Federal e art. 250, III e IV, da Lei de Registros Públicos);

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação da matéria concernente ao registro de terra indígena com demarcação homologada, bem como da averbação de existência de processos demarcatórios de terras indígenas em matrículas de domínio privado existentes nos seus limites, visando regularidade fundiária (art. 246, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei de Registros Públicos);

CONSIDERANDO as sugestões e propostas lançadas nos autos do Pedido de Providência n. 0005735-19.2015.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça,

RESOLVE:

Art. 1º Dispor sobre a abertura de matrícula e registro de terra indígena com demarcação homologada e averbação da existência de demarcação de área indígena homologada e registrada em matrículas de domínio privado incidentes em seus limites.

§1º Todos os atos registrais de terra indígena com demarcação homologada serão promovidos em nome da União.

§2º Todos os procedimentos administrativos de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios em caráter permanente, inclusive o resumo do estudo antropológico eventualmente realizado, deverão ser averbados nas matrículas dos imóveis.

(...)

Art. 8º Poderão ainda ser realizadas averbações da existência de processos demarcatórios de terras indígenas em matrículas de domínio privado existentes nos seus limites, caso em que o requerimento deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I- portaria inaugural do processo administrativo;

II- indicação do número das matrículas e/ou transcrições sobre os quais a averbação deverá ser praticada, sob responsabilidade do órgão federal;

III- número-código de cadastro da terra indígena no Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), e

IV- relatório circunstanciado de identificação de delimitação quando já realizado e decisão administrativa declaratória dos limites da terra indígena a demarcar (artigo 2º, § 10, I, do Decreto Federal nº 1.775/96).”(g.n.)

Destarte, são os atos de publicidade da existência de processos demarcatórios de terras indígenas, desde o conhecimento dos limites do território a ser identificado e declarado, que conferem segurança jurídica aos negócios realizados com títulos incidentes em terras indígenas em processo de demarcação, e não o contrário.

E não é apenas o MPF que afirma isso.

No curso do Pedido de Providências (PP) n. 0005735-19.2015.2.00.0000 do CNJ, que resultou no Provimento n. 70/2018, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG se manifestou afirmando que

(...) deve ser de conhecimento seja do credor, que recebe o imóvel como garantia, seja do comprador a possibilidade de que, no futuro próximo, aquela área, ou parte dela, poderá ser reconhecida como terra indígena, extinguindo-se a propriedade. Com a averbação prevista nos art. 1, §2º, e no art. 8º, do Provimento nº 70/2018, estará garantida a segurança jurídica do negócio, pois nem o credor nem o comprador serão surpreendidos com uma posterior, mas já conhecida pelo proprietário, nulidade em decorrência da demarcação de terras indígenas” (g.n.).

Ademais, a Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA também se manifestou no referido processo, apresentando recurso no qual solicitava a suspensão do art. 8º do Provimento n. 70/2018 sob o fundamento de excessiva limitação ao direito de propriedade e requerendo que as matrículas de domínio privado, existentes nos limites de terras indígenas, fossem objeto do respectivo registro apenas após a homologação do processo demarcatório, na linha, aliás, da **IN/FUNAI/N.9**. O CNJ, porém, em decisão unânime⁴⁴, negou o recurso e reafirmou a legalidade do Provimento n. 70/2018 como medida que “busca

⁴⁴ “RECURSO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO N. 70/2018. IMPUGNAÇÃO AO ART. 8º. DESCABIMENTO. AVERBAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO DEMARCATÓRIO DE TERRAS INDÍGENAS EM MATRÍCULAS DE IMÓVEIS. POSSIBILIDADE. 1. Poderão ser realizadas averbações da existência de processos demarcatórios de terras indígenas em matrículas de domínio privado existentes nos seus limites. 2. O processo de identificação e demarcação de terras indígenas é meramente declaratório nos termos do art. 231 da CF/88. 3. A edição do Provimento n.

conferir efetividade à garantia constitucionalmente conferida às terras indígenas, bem como à Lei de Registros Públicos”, registrando que “o art. 8º da supracitada portaria, além de regulamentar o art. 246, §§ 2º e 3º, da Lei n. 6.015/73, confere segurança jurídica aos negócios realizados com as terras indígenas”.

Dessa forma, a **IN/FUNAI/N.9**, ao não considerar as terras indígenas em processo de demarcação (terras indígenas delimitadas, declaradas, demarcadas fisicamente e interditadas) para a emissão da “Declaração de Reconhecimento de Limites”, nem para a análise de sobreposição por servidores credenciados no Sistema de Gestão Fundiária (SIGEF) do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), vai na contramão do entendimento da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, contraria decisão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e, conforme posicionamento afirmado e reafirmado pelo CNJ, atenta contra a segurança jurídica e a regularidade fundiária nacional.

A **IN/FUNAI/N.9**, como já afirmado tantas vezes, exclui as terras indígenas em processo de demarcação (terras indígenas delimitadas, declaradas, demarcadas fisicamente e interditadas) do Sistema de Gestão Fundiária (SIGEF), que é uma ferramenta eletrônica desenvolvida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) para subsidiar a governança fundiária do território nacional.

O SIGEF funciona como uma base de dados centralizada que armazena informações fundiárias que servem, inclusive, para orientar políticas de destinação de terras e regularização fundiária. Assim, por meio do SIGEF é realizada a certificação de dados referentes a limites de imóveis rurais, valendo a certidão para a finalidade legal de se atestar que não há sobreposição com nenhuma outra poligonal constante do seu cadastro georreferenciado (seja poligonal de imóvel privado, seja poligonal de áreas públicas, como unidades de conservação e terras indígenas), para fins do §5º do art. 176 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

70/2018 do CNJ somente busca conferir efetividade à garantia constitucionalmente conferida às terras indígenas, bem como à Lei de Registros Públicos. Recurso administrativo improvido”.

Ademais, a certidão obtida eletronicamente via SIGEF é indispensável para a desmembrar, transferir, comercializar ou dar a terra em garantia na obtenção de empréstimos bancários, negócios jurídicos previstos no art. 54 da Lei n. 13.097/15 acima mencionado.

Conclui-se, portanto, que a **IN/FUNAI/N.9**, ao retirar do SIGEF as terras indígenas nas demais fases do processo de demarcação (em estudo, delimitadas, declaradas, interditadas), gera uma gravíssima insegurança jurídica decorrente dos documentos que serão extraídos do sistema, posto que atestará para terceiros a falsa ausência de sobreposição com terras indígenas quando, em verdade, a Administração Pública já tem conhecimento dessa sobreposição desde a publicação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação por ato do próprio presidente da FUNAI.

Tal situação viola gravemente a boa-fé daqueles que entabulem negócios jurídicos sobre títulos incidentes em terras indígenas em processo de demarcação (art. 54, p.ú., da Lei n. 13.097/15), além de contrariar o art. 4º, II, da Lei n. 11.952/2009 e a publicidade exigida pelo art. 246, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei de Registros Públicos e pelo Provimento n. 70/2018 do CNJ⁴⁵.

Não bastasse isso, ao autorizar a emissão de certidões do SIGEF que considerem apenas as terras indígenas homologadas, contrariando o art. 4º, II, da Lei n. 11.952/2009 e os próprios termos do art. 231 da Constituição Federal, na interpretação já afirmada pelo STF, a **IN/FUNAI/N.9**, como dito acima, leva os servidores públicos responsáveis pelo ato a emitir documentos públicos atestando uma situação sabidamente falsa, conduta que pode ser enquadrada como improbidade administrativa ou até mesmo infração penal.

V.6. DO RETROCESSO PROTETIVO E DO INCENTIVO À GRILAGEM

⁴⁵ Contudo, o presidente da FUNAI, ao responder a Recomendação n. 13/2020, afirmou a suposta “inconstitucionalidade da restrição que se faça à posse de propriedades privadas, por qualquer entidade pública, incluindo-se a FUNAI, antes da Portaria Homologatória Presidencial da TI” (OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI – *doc 1.pdf*).

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 4269, promoveu a devida adequação da interpretação da Lei n. 11.952/09 ao Texto Constitucional, decidindo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS TERRAS DE DOMÍNIO DA UNIÃO NA AMAZÔNIA LEGAL. IMPUGNAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, §2º, 13, 15, INCISO I, §§ 2º, 4º E 5º, DA LEI Nº 11.952/2009. (...)

4. O artigo 4º, §2º da Lei nº 11.952/2009 vai de encontro à proteção adequada das terras dos remanescentes de comunidades quilombolas e das demais comunidades tradicionais amazônicas, ao permitir interpretação que possibilite a regularização dessas áreas em desfavor do modo de apropriação de território por esses grupos, sendo necessária interpretação conforme aos artigos 216, I da Constituição e 68 do ADCT, para assegurar a relação específica entre comunidade, identidade e terra que caracteriza os povos tradicionais.

5. Exige interpretação conforme à Constituição a previsão do artigo 13 da Lei nº 11.952/2009, ao dispensar a vistoria prévia nos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais, a fim de que essa medida de desburocratização do procedimento seja somada à utilização de todos os meios eficazes de fiscalização do meio ambiente, como forma de tutela à biodiversidade e inclusão social dos pequenos proprietários que exercem cultura efetiva na área.

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente.⁴⁶

Na ocasião, é imperioso destacar, o Advogado-geral da União se manifestou sobre a correlação entre grilagem e terras indígenas afirmando que

(...) os modelos de ocupação territorial e as formas de apropriação dos recursos naturais têm sido concentradores da riqueza e socialmente excludentes, ocasionando conflitos pelo acesso à terra, aos recursos minerais, às reservas de madeiras nobres e aos recursos pesqueiros, entre outros. A busca de ganhos patrimoniais rápidos por meio de grilagem de terras públicas, com frequente violação de direitos humanos é uma característica da expansão da fronteira amazônica. Complexas redes de interesses envolvendo posseiros, madeireiros, grileiros, políticos locais, especuladores e grandes fazendeiros frequentemente se chocam com antigos ocupantes das terras, como populações tradicionais, indígenas ou produtores familiares.

As transcrições feitas acima se mostram pertinentes em razão do fato de a **IN/FUNAI/N.9** estar inserida no mesmo contexto de alterações normativas que incentivam a

⁴⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339400275&ext=.pdf>> (Acesso em 12/05/2020).

grilagem de terras, mesmo contexto, ainda, da Medida Provisória n. 910⁴⁷, pois representa retrocesso normativo no conceito de terras indígenas, conduzindo a um incremento dos conflitos pelo acesso à terra e agravamento da vulnerabilidade dos povos indígenas em territórios cujos processos de demarcação ainda não estejam finalizados, muitas vezes por omissão da própria FUNAI.

A FUNAI condena a uma situação de extrema vulnerabilidade exatamente aqueles povos indígenas mais vulneráveis, ou seja, os que ainda não tiveram seus direitos territoriais plenamente declarados.

Nesse contexto, ainda, cabe destacar que o Tribunal de Contas da União proferiu recentemente o Acórdão n. 727/2020, no qual se analisou a Tomada de Contas n. 031.961/2017-7, acerca do Programa Terra Legal na Amazônia Legal. A auditoria do tribunal constatou, em síntese, as seguintes irregularidades:

(a) falta de providências de órgãos federais para a recuperação de mais de 1 bilhão em áreas irregularmente ocupadas identificadas nos sistemas de informação do programa; (b) ausência de providências para a retomada e destinação de mais de R\$ 2,4 bilhões em imóveis rurais do programa com irregularidades, cujos processos foram indeferidos; (c) 95% das áreas selecionadas como amostra não cumprem as cláusulas resolutivas; (d) diminuição de quase 80% do rendimento operacional do programa entre 2014 e 2017, chegando a praticamente zero títulos emitidos no primeiro semestre de 2019; (e) desmatamento de mais de 82 mil hectares em áreas do Programa após a Lei 11.952/2009 (questão 5); (f) prejuízo de mais de R\$ 12 milhões em titulações irregulares.⁴⁸

Note-se que a omissão quanto à manifestação de interesse em glebas georreferenciadas pelo SIGEF foi uma das irregularidades encontradas na Tomada de Contas nº 031.961/2017-7, que resultou no Acórdão n. 727/2020. Nesse ponto, o TCU demonstrou que **a FUNAI foi o órgão/autarquia que mais levou tempo para manifestar interesse por glebas**

⁴⁷ Ver, a respeito: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/mpf-lanca-video-contra-medida-que-tenta-re-gularizar-invasoes-de-terras-publicas/> (Acesso em 12/05/2020).

⁴⁸ Cf.: relatório e manifestação da Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente do TCU. Tribunal de Contas da União. TC 031.91/2017-7, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes. Julgamento em 01/04/2000. As demais citações a respeito do julgamento tratarão do mesmo relatório e do dispositivo do acórdão da Corte de Contas.

Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A727%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=1a28eb00-7cdc-11ea-8e41-af9d33576ae8 (Acesso em 28/04/2020)

georreferenciadas (1051 dias), em clara ofensa à duração razoável do processo administrativo e ao próprio princípio da eficiência, revelando descaso com bens públicos.

Mais do que isso, o longo período entre a inserção de dados de georreferenciamento no SIGEF e a sua validação, bem como a falta de análise da câmara técnica de destinação e regularização de terras públicas federais na Amazônia Legal, composta por órgãos e entidades públicas, possibilita, segundo o TCU, “o uso do sistema por especuladores que não têm intenção de regularizar a terra, mas somente vendê-la a um terceiro de boa-fé”⁴⁹.

Confirma-se, assim, com respaldo em decisão do TCU, que a **IN/FUNAI/N.9** vem convalidar um cenário de omissão dos órgãos federais na correta destinação de terras públicas, contribuindo significativamente para o grave e danoso cenário de grilagem de terras públicas apontado pelo Advogado Geral da União.

V.7. DO RISCO AMBIENTAL

Não bastassem todas as questões postas acima, em especial o grave incremento dos conflitos fundiários em decorrência da insegurança jurídica, também não se pode ignorar que a **IN/FUNAI/N.9**, por se tratar de norma menos protetivas, acarretará, ainda, a significativa elevação dos riscos socioambientais de empreendimentos que impactem terras indígenas.

Com efeito, não há dúvidas de que o retrocesso na proteção às terras indígenas cujo processo demarcatório não esteja concluído desperta, ainda, o interesse da tutela do Meio Ambiente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a relação indissociável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos. Entre os direitos particularmente vulneráveis a afetações ambientais, se encontram os direitos à vida, integridade pessoal, vida privada, saúde, água, alimentação, moradia, participação na vida cultural, **direito à propriedade**⁵⁰ e o **direito a não ser deslocado forçadamente**. Destaca-se

⁴⁹ Cf. itens 152 a 161 do relatório citado na nota anterior.

⁵⁰ Veja-se, por exemplo, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas: As indústrias extrativas e os povos indígenas, James Anaya, Doc.ONUA/HRC/24/41, 1de julho de 2013, parágrafo 16; Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Centro para o Desenvolvimento dos Direitos das Minorias (Quênia) e Minority Rights Groupen em nome do Endorois Welfare Council vs. Quênia. Comunicação No. 276/03, 25 de

ainda o “(...) **direito à paz, já que as deslocções causadas pela deterioração do meio ambiente com frequência desatam conflitos violentos entre a população deslocada e a instalada no território.**”⁵¹ Em outros termos, **a desproteção ambiental ocasionada, por exemplo, pelo desmatamento, atividades garimpeiras e aspersão de agrotóxicos, incrementa o risco de conflitos fundiários.**

No documento em apreço, a Corte Interamericana reforça a “**situação de especial vulnerabilidade dos povos indígenas e tribais**”, com o conseqüente dever dos Estados de “**adotar medidas positivas encaminhadas a assegurar aos membros destes povos o acesso a uma vida digna.**”⁵² A Corte igualmente destaca que “a falta de acesso aos territórios e aos recursos naturais correspondentes pode expor às comunidades indígenas a condições de vida precárias ou infra-humanas e à **maior vulnerabilidade ante doenças e epidemias.**”⁵³ Neste ponto, **inegável a conexão entre a desproteção ambiental e prováveis mortes decorrentes dos efeitos da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).**

A Corte sustentou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Parte, nos termos do artigo 1.1 da Convenção, é a de “**respeitar os direitos e liberdades**” reconhecidos em tal tratado. Assim, na proteção dos direitos humanos, esta obrigação de respeito necessariamente compreende **a noção da restrição ao exercício do poder estatal**⁵⁴. Os Estados devem se abster de “**qualquer prática ou atividade que denegue ou restrinja o acesso, em condições de igualdade, aos requisitos para uma vida digna, como o são a água**

novembro de 2009, parágrafo 186, e Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais vs. Nigéria, Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafos 54 e 55.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17. 1 nov. 2017 (2017b). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioConsultiva23versofinal.pdf>

⁵² O conceito de vida digna compreende a proteção da estreita relação que os Povos Indígenas mantêm com a terra e seu projeto de vida, tanto em sua dimensão individual como coletiva. Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, parágrafo supracitado 163, e Caso Povos Kalíña e Lokono vs. Suriname, parágrafo supracitado 181.

⁵³ Cf.: Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, parágrafo supracitado 164; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245, parágrafo 147 e Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Cuenca do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C No. 270, parágrafo 354.

⁵⁴ Cf.: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fundo, parágrafo supracitado 166, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 208.

e a alimentação adequada, entre outros.” A edição da IN/FUNAI/N.9 claramente viola a referida obrigação.

Ao lado da obrigação de respeitar repousa a obrigação de garantia mediante **a adoção de “todas as medidas apropriadas para proteger e preservar os direitos à vida e à integridade.”** Entre estas medidas destacam-se a obrigação de prevenção (Princípio da Prevenção)⁵⁵ e o Princípio de Precaução.⁵⁶

Na obrigação de prevenção destacam-se o dever de regulação e à obrigação de requerer e aprovar estudos de impacto ambiental. O dever de regular determina a extensão da adequação da legislação interna às disposições convencionais não apenas ao texto constitucional ou legislativo, mas **“a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e se traduzir na efetiva aplicação prática”**.

Em relação à obrigação de requerer e aprovar estudos de impacto ambiental, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou que a sua realização **“constitui uma das salvaguardas para garantir que as restrições impostas às comunidades indígenas ou tribais, a respeito do direito à propriedade sobre suas terras (...) não impliquem uma denegação de sua subsistência como povo.”**⁵⁷ A edição da IN/FUNAI/N.9 igualmente viola referidas obrigações seja pela inconveniência de suas disposições seja pelo impedimento da adequada realização de estudos de impacto ambiental, uma vez que retirará da base de dados do SIGEF a devida localização das terras indígenas.

Ademais, é imperioso lembrar que a Resolução 4.327 de 2014, do Conselho Monetário Nacional, estabeleceu a implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e, nos termos do seu art. 2º, prevê que a **“PRSA deve conter princípios e diretrizes que norteiem as ações de natureza socioambiental**

⁵⁵ O Princípio da Prevenção assevera que “os Estados estão obrigados a usar todos os meios a seu alcance com o fim de evitar que as atividades que se levem a cabo baixo sua jurisdição, causem danos significativos ao meio ambiente.”

⁵⁶ O Princípio da Precaução, previsto na Declaração do Rio de 1992, pode ser definido como , “quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17. 1 nov. 2017 (2017). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioConsultiva23versofinal.pdf>

nos negócios e na relação com as partes interessadas". Essa mesma resolução, em seu art. 6º, VI, estabeleceu para as instituições financeiras a obrigação de possuir uma estrutura de gerenciamento de riscos, que deve identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar o risco socioambiental em seus empreendimentos.

Vê-se, portanto, que, com a edição da **IN/FUNAI/N.9**, as instituições financeiras terão imensa dificuldade em cumprir a obrigação referida acima, já que não se saberá ao certo se seus empreendimentos, diretos ou financiados, incidem sobre terras indígenas.

É forçoso concluir, com isso, que a **IN/FUNAI/N.9** configura grave violação ao princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente no acórdão da ADI nº 4.717/DF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (...)

3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República.

4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República.

5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade.⁵⁸ (g.n.)

⁵⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339518257&ext=.pdf>> (Acesso em 11/05/2020).

V.8. DA MORA DO ESTADO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS INDÍGENAS E DA REITERADA VIOLAÇÃO DA TUTELA DA CONFIANÇA

Ao longo dessa peça tratou-se detalhadamente dos inúmeros vícios – legais, constitucionais e convencionais – da **IN/FUNAI/N.9**, assim como dos seus graves efeitos para os direitos dos povos indígenas, para a segurança jurídica das relações negociais e fundiárias, para a tutela do meio ambiente, entre outros.

Em arremate, agora, destaca-se que, talvez, o pior aspecto de toda essa situação seja pensar que ela decorre, em boa medida, da omissão da própria FUNAI que, em mora no dever constitucional de demarcar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, usa dessa mora, agora, em flagrante comportamento contraditório e violador da confiança, para desproteger ainda mais grupos indígenas que, a despeito de anos de luta, ainda não tiveram suas terras homologadas.

Com efeito, como se sabe, a Constituição Federal de 1988 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). Já o modo para concretização deste direito veio previsto no Decreto n. 1.775/96, que disciplina o devido processo de demarcação, inclusive com 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</u>

	<u>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

A propósito, cumpre observar que os prazos constantes do processo administrativo de demarcação (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 Nandéva. 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).⁵⁹

Frise-se, aliás, que a referida obrigação contida no art. 231 da CF/88 já constava do art. 19 da Lei n. 6.001/1973, segundo o qual as terras indígenas serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio.

Da mesma forma, a primeira previsão de prazo para demarcação das terras indígenas já constava do art. 65 da Lei n. 6.001/1973, relevando a importância da referida atribuição em face da sua manifesta conexão com a proteção dos Direitos Humanos dos Povos

⁵⁹ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=26212&numero=625&pagina=1&base=INFO> (Acesso em 11/05/2020).

Indígenas. O prazo ali estabelecido também era de cinco anos para que o Poder Executivo cumprisse sua obrigação em relação às terras indígenas ainda não demarcadas.

Destarte, é inegável e manifesta a expectativa criada nos Povos Indígenas do cumprimento, pela administração federal, dessa expressa obrigação legal, regrada igualmente por prazo certo.

A obrigação, porém, não foi cumprida na sua inteireza!

Estabeleceu-se, então, em 1988, novo prazo. Como mencionado acima, foi estatuído pelo constituinte originário, no rol das disposições constitucionais transitórias, o art. 67, segundo o qual “a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

Com a reiteração da obrigação em nível constitucional, cresce a expectativa, pelos Povos Indígenas, do seu pleno cumprimento.

Deu-se, porém, nova mora!

Seria correto afirmar, então, que houve quebra do Princípio da Confiança?

A esse respeito, CANOTILHO⁶⁰ nos ensina que

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento.

Hartmut Maurer⁶¹, por sua vez, localiza a origem do princípio da protecção à confiança em uma sentença do tribunal administrativo de terceira instância de Berlim, de 14.11.1956, DVBl., 1957, 503. O julgado em tela limitou a possibilidade de invalidação de atos administrativos em face da protecção da confiança dos administrados. A

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

⁶¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006

limitação fundou-se na certeza jurídica bem como na boa-fé e na lealdade, que devem permear a atuação do Estado.

Trata-se da vedação do comportamento contraditório, ou *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ocorre que o Princípio da Confiança igualmente alcança a vedação de comportamentos contraditórios pelo próprio Estado. Com efeito, é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro veda o comportamento contraditório que frustra legítima expectativa de terceiro, por violar a confiança depositada na outra parte. Na lição de Anderson Schreiber⁶², a tutela da confiança e, conseqüentemente, a vedação ao comportamento contraditório têm como fundamento normativo a boa-fé objetiva, tratando-se, portanto, de uma cláusula geral inserida no sistema, aplicável a todas as situações que se encontrem no âmbito desta cláusula, e não apenas nas situações indicadas expressamente na legislação ou quando se verificar lacunas no sistema jurídico.

Como é sabido, para fins de apuração sobre a legalidade ou não de uma conduta, deve-se considerar não apenas a intenção do agente, mas, também, os efeitos da sua prática, ou seja, se aquele direito foi exercido de acordo com os parâmetros médios esperados⁶³.

No caso específico do comportamento contraditório, será ele ilegal em duas hipóteses: se assim previsto em lei, ou se violador da confiança. Assim, pode-se concluir que o *nemo potest venire contra factum proprium* proíbe não apenas o comportamento contraditório, mas, sim, aquele violador da legítima expectativa de outrem. Não por outra razão a doutrina estabelece três requisitos para a sua aplicação: a existência de um comportamento anterior, a criação de uma expectativa legítima em terceiro e, enfim, o comportamento contraditório causador de dano a esse terceiro.

Muito embora seja típica do Direito Civil, o *venire contra factum proprium* é preceito que também deve ser observado pela Administração Pública, uma vez que

⁶² SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 67-70

⁶³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (Código Civil)

está também ela sujeita à observância da boa-fé objetiva, da segurança jurídica e da tutela da confiança, criando, a todo momento, limitações a sua própria atuação, por meio da prática de condutas que devem ser observadas e cumpridas no futuro.

Pode-se, inclusive, afirmar que o princípio da boa-fé aplica-se, com mais razão, às relações travadas pela Administração Pública, haja vista os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade que pautam a atuação dos agentes públicos. Nesse aspecto, o art. 2º, p.ú., da Lei nº 9.784/99 inclui, entre os critérios a serem observados no trâmite de processos administrativos, “a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Nos dizeres de Anderson Schreiber:

O princípio da solidariedade social, protegido como objetivo da Constituição da República brasileira no artigo 3ª da Constituição de 1988, impõe a consideração da posição alheia também na atuação provada. O *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente, dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização deste valor constitucional. Há, entre outras palavras, direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio da proibição ao comportamento contraditório. É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional. Justamente por isto se indicou como mais acertada a orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito (...).⁶⁴

É a aplicação, no caso concreto, da teoria da autolimitação administrativa, segundo a qual a Administração, ao praticar determinado atos, limita sua própria atuação à observância dos preceitos estabelecidos nestes atos, sendo-lhe vedada, em regra, a adoção de medidas que contrariem o entendimento adotado anteriormente.

Referida teoria deriva também dos princípios da moralidade administrativa, que determina a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, da isonomia e da segurança jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou que “o princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito

⁶⁴ Ibidem, p. 70.

Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, registra-se o da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios)”. Sobre a aplicação do *venire contra factum proprium* à Administração Pública, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – PRODUTORA DE SEMENTES – ALÍQUOTA REDUZIDA – ART. 278 DO RIR – ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77. 1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como ‘produtora de sementes’. É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como ‘toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor’. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80). 2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ. AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Fonte: DJe 26/03/2008)

Voltando os olhos novamente para o caso dos autos, verifica-se a plena conformidade com o julgado citado acima. A proteção das terras indígenas, derivada da Constituição e dos instrumentos internacionais narrados, determina, a não mais poder, a obrigação de demarcação, sobejamente desconsiderada pela FUNAI. Neste sentido, surge evidente e consentâneo com o princípio da Confiança dos Povos Indígenas no Estado a edição de normas que visem a corrigir a mora e, conseqüentemente, minorar os efeitos dos 42 (quarenta e dois anos) de atraso no cumprimento dos mandamentos normativos.

Entretanto, em evidente comportamento contraditório, **manifesto *venire contra factum proprium***, a autarquia indigenista editou norma em sentido oposto ao esperado. Como afirmado acima, a **IN/FUNAI/N.9** agrava os efeitos da mora gerada pela própria FUNAI. **Ao estabelecer que a proteção constitucional se dirige apenas a “terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente**

regularizadas”, a FUNAI desconsiderou que o estágio das demais deriva exatamente de sua desídia em cumprir as repisadas obrigações legais e constitucionais.

Mais do que isso, como igualmente exposto acima, havia o entendimento consolidado da definição de terras indígenas nos termos do 6º da Instrução Normativa/Funai n. 03, de 20/04/2012, revogada pela **IN/FUNAI/N.9**. A referida norma estabelecia que não seria emitido Atestado Administrativo para imóveis incidentes em:

- I - Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
 - II - Terras ocupadas ou não por grupos indígenas, com procedimentos administrativos iniciados e/ou concluídos em conformidade com o disposto no Decreto n. 1.775/MJ/1996 e na Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio):
 - II.1 - Área em estudo de identificação e delimitação;
 - II.2 - Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
 - II.3 - Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
 - II.4 - Terra indígena homologada (com os limites da demarcação homologados por decreto da Presidência da República);
 - II.5 - Terra indígena reservada;
 - II.6 - Terra de domínio indígena;
 - II.7 - Terra indígena com portaria de restrição de uso;
 - III - Terra da União cedida para usufruto indígena;
 - IV - Área de referência de índios isolados.
- Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II.1 do art. 6º, o Atestado Administrativo não poderá ser emitido até que se conclua os estudos de identificação e delimitação da área ocupada pelos indígenas. (g.n.)

A referida limitação minorava os efeitos da mora no processo demarcatório e, ao mesmo tempo, promovia o devido aviso a terceiros da pendência de situação jurídica tendente a anular eventual título existente sobre a referida área.

Caminhou-se, contudo, em sentido contrário!

Por isso se pode afirmar que a parábola kafkiana mencionada na epígrafe desta petição inicial se reflete no comportamento da FUNAI. Anos e anos à espera que o Direito fosse reconhecido e, então, de forma abrupta, a porta se fecha. Anos de omissão, seguidos pela justa expectativa de cumprimento dos desideratos constitucionais, são amplificados pela incremento da desproteção. Não há outra leitura possível da **IN/FUNAI/N.9**.

Destarte, à evidência a edição de citada norma se caracteriza como ato ilícito, por violar a boa-fé objetiva, nos termos do art. 187 do Código Civil. Nesse sentido,

Flávio Tartuce⁶⁵ ensina que “pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva”. As palavras de Luciano de Camargo Penteado⁶⁶ apontam no mesmo sentido ao ressaltar a previsibilidade dos comportamentos como algo inerente à uma atuação ditada pela boa-fé, o que, no caso em exame, seria o prosseguimento dos processos de demarcação de terras indígenas e das medidas normativas a ela associadas.

A postura adotada pela FUNAI, contudo, amolda-se com perfeição no *venire contra factum proprium*, isto é,

(...) nas situações em que uma pessoa, durante determinado período de tempo, em geral longo, mas não medido em dias ou anos, comporta-se de certa maneira, gerando a expectativa justificada para outras pessoas que dependem deste seu comportamento, de que ela prosseguirá atuando naquela direção. **Ou seja, existe um comportamento inicial que vincula a atuar no mesmo sentido outrora apontado. Em vista disto, existe um investimento, não necessariamente econômico, mas muitas vezes com este caráter, no sentido da continuidade da orientação outrora adotada, que após o referido arco temporal, é alterada por comportamento a ela contrário.** (g.n.)

E vale acrescentar que a simples mudança no Governo Federal não legitima a alteração repentina e injustificada de comportamento da Administração Pública⁶⁷. Com efeito, independentemente da natural alternância de poder inerente ao regime democrático e das posições dos agentes que ocupam cargos políticos, o objetivo fundamental do Estado Brasileiro em construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), da mesma forma que a obrigação maior dos gestores públicos é cumprir o Texto Constitucional, em que permanecem vigentes os mandamentos contidos no art. 231 e no art. 67 (ADCT), devendo pautar todas as atuações estatais.

Ademais, não bastasse a violação da tutela da confiança, o reiterado descumprimento dos prazos para concluir os processos de demarcação de terras indígenas mostra-se flagrantemente inconstitucional, ferindo, também, neste aspecto, o disposto no art.

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 116.

⁶⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium**. THESIS São Paulo, v. 8, p. 39-70, 2007.

⁶⁷ Conferir, a respeito: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/6079-osfatos>> (Acesso em 13/05/2020).

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.

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*”, não há dúvidas de que a demora no seu reconhecimento inviabiliza o exercício dos direitos mais essenciais pelos seus destinatários.

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.⁶⁸

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 de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento.⁶⁹

Daí a razão pela qual a mora do Estado Brasileiro se mostra tão danosa, pois, não bastasse a gravidade da omissão estatal por tantos anos na realização de um direito assegurado em seu Texto Constitucional, no caso dos indígenas.

⁶⁸ MELO, Cristina. **Terras Indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 102.

⁶⁹ Idem, p. 105 (citando Pet. n. 3388/RR, STF, DJe de 24/09/2009).

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

⁷⁰

Não é por outra razão, aliás, que a Relatora Especial da ONU, Victoria Tauli-Corpuz, externalizou preocupação com a situação dos povos indígenas no Brasil, especialmente com a “ausência de progresso” depois de oito anos da última visita ao país de um relator das Nações Unidas para o tema. Com efeito, no relatório de 2016, enviado pelo então Secretário-Geral da ONU, Ban-Ki-moon, à Assembleia Geral, restou consignado que o Brasil não deve subestimar os riscos de “efeitos etnocidas” que o cenário atual representa para os povos indígenas⁷¹.

Com isso, de todo o exposto acima se conclui que a mora no processo de identificação de terras indígenas, resultante de uma nefasta combinação de pressões políticas⁷², redução de recursos humanos e financeiros bem como a judicialização dos processos de identificação, além de acarretar incremento na omissão inconstitucional de proteção aos Povos Indígenas com graves riscos de efeitos etnocidas, agora, agrava ainda mais a situação criada

⁷⁰ Idem, p. 104-5 (citando SOUZA FILHO, Carlos Frederico M. de. O renascer dos povos indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 120).

⁷¹ “Em março [de 2016], a relatora já havia divulgado comunicado final sobre a visita, no qual apontou retrocessos na proteção dos direitos dos povos indígenas, ‘uma tendência que continuará a se agravar caso o país não tome medidas imediatas como proteger a segurança de líderes indígenas, concluir investigações sobre assassinatos e redobrar os esforços para superar o impasse relativo a demarcações de terras’. (...) Ela ainda criticou a interrupção dos processos de demarcação, incluindo 20 terras indígenas pendentes de homologação pela Presidência da República; a incapacidade de proteger as terras indígenas contra atividades ilegais; os despejos em curso; os efeitos negativos dos megaprojetos em territórios indígenas ou perto deles; e a violência, assassinatos, ameaças e intimidações contra os povos indígenas perpetuados pela impunidade.”

(Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-manifesta-preocupacao-com-situacao-de-povos-indigenas-no-brasil/amp/>)

⁷² Cf.:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/general-cai-da-presidencia-da-funai-apos-pessao-de-ruralistas.shtml>;

<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pessao-de-ruralistas-pode-derrubar-general-titular-da-funai,70002864719>

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/cardozo-e-ex-presidente-da-funai-se-tornam-reus-por-improbidade>

pela **IN/FUNAI/N.9**, já que são exatamente as terras sem processo de demarcação concluído que estarão desprotegidas.

Destarte, como sobejamente demonstrado, estamos diante de evidente comportamento contraditório da FUNAI, confirmado, aliás, pela resposta do seu presidente à Recomendação n. 13/2020, ocasião em que justificou a revogação da Instrução Normativa n. 3/2012-FUNAI pela **IN/FUNAI/N.9** no fato de que a norma revogada “permitia que antes do Decreto Homologatório Presidencial fosse possível ao Estado interferir, **por prazo indeterminado**, em face de procedimento demarcatório em curso, no direito fundamental de posse e propriedade, positivado no artigo 5º, inciso XXII, da Carta Republicana”⁷³ (g.n.). Admite, ainda, o presidente da FUNAI que o processo demarcatório “**pode durar décadas**, eis que normalmente judicializada”, período em que a emissão de atestados administrativos do SIGEF aos proprietários rurais estaria impedida.

Vê-se, com isso, que a FUNAI **admite a mora estatal** quanto ao seu dever de demarcar as terras indígenas (“prazo indeterminado”, “durar décadas”), mas **usa a sua própria omissão para prejudicar ainda mais os indígenas lesados pela demora**. E o pior, o faz **em benefício exatamente daqueles que atrasam os processos demarcatórios ao questioná-los judicialmente**.

Tal postura, como visto, é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio (*nemo potest venire contra factum proprium*) e necessita de imediata correção pelo Poder Judiciário.

VI. DA TUTELA DE URGÊNCIA

É cediço que novo Código de Processo Civil trata da tutela provisória dividindo-a em tutela de urgência e tutela de evidência (art. 294). No presente caso, o MPF busca a concessão de tutela provisória de urgência para impedir a aplicação da **IN/FUNAI/N.9** sobre as terras indígenas de Roraima com processo de demarcação não concluído. Noutras

⁷³ OFÍCIO Nº 810/2020/PRES/FUNAI, *doc 1.pdf*.

palavras, pretende-se que as terras indígenas delimitadas, declaradas, demarcadas fisicamente e interditas sejam mantidas no SIGEF ou, caso já excluídas, que sejam reinscridas.

O art. 300 do CPC, como se sabe, estabelece os requisitos da tutela de urgência: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

A plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido é patente. O requerimento funda-se nos inúmeros vícios da **IN/FUNAI/N.9** apontados acima, desde a violação ao caráter originário dos direitos territoriais indígenas e ao entendimento do STF quanto à natureza declaratória do processo de demarcação, até a violação da boa-fé objetiva por afronta à tutela da confiança.

A **IN/FUNAI/N.9**, como consignado acima, também vai de encontro ao próprio papel da FUNAI em relação às terras indígenas, além de contrariar tratados internacionais de proteção de Direitos Humanos, violar princípios como da legalidade e da publicidade, gerar insegurança jurídica e incrementar a grilagem de terras e os riscos socioambientais. Trata-se de um evidente, indevido e inadmissível retrocesso protetivo.

Já a urgência de medida se impõe, como demonstrado no item II acima, em razão do significativo número de terras indígenas em Roraima que, com a **IN/FUNAI/N.9**, estarão desprotegidas e vulneráveis à grilagem, exploração de recursos naturais, conflitos fundiários e danos socioambientais.

Daí o dado já destacado no início desta peça de que, só no Estado de Roraima, com a aplicação da **IN/FUNAI/N.9**, mais de 10 milhões de hectares de territórios tradicionais deixarão de ser considerados terra indígena, sendo retirados do SIGEF e ocultados do sistema de gestão fundiária. Proprietários de imóveis rurais que estiverem sobrepostos com todo esse território indígena, que, vale dizer, é bem imóvel da União, poderão obter declarações do SIGEF sem essa informação, criando um incomensurável risco não só para os indígenas e para o meio ambiente, como, também, para os negócios jurídicos que envolvam tais bens.

O cenário é particularmente delicado em relação às terras indígenas Pirititi e Arapuá, ainda em fase de estudos, inteiramente ignoradas pela **IN/FUNAI/N.9**.

Repise-se que a TI Piriti corresponde a região habitada por povos indígenas voluntariamente isolados, os quais sequer mantiveram contato com a sociedade envolvente ao longo da História, sendo imprevisíveis os impactos antropológicos, epidemiológicos e sociais de eventual conflito entre essa população e os posseiros que ameaçam sua terra.

Tal cenário, repita-se, evidencia o grave risco causado pela insegurança jurídica gerada pela **IN/FUNAI/N.9**, já que mais de 10 milhões de hectares de territórios tradicionais estarão abertos para exploração ilegal e, principalmente, para negócios jurídicos **sem a informação quanto à sobreposição com terras indígenas**.

Some-se a isso o incremento gerado pela alteração normativa nas disputas e nos conflitos fundiários, **umentando o risco de disseminação de COVID-19**, especialmente entre os indígenas, que compõem grupo vulnerável.

Conclui-se, assim, que não há dúvidas acerca da probabilidade do direito nem da urgência da medida, haja vista os sérios riscos apontados acima.

Outrossim, não há falar em “perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, como prevê o §3º do art. 300 do CPC, pois o pedido de tutela de urgência formulado consiste em nada mais do que manter a situação que já existia, inclusive com respaldo do STF, do CNJ, da ANOREG, da AGU e da própria FUNAI.

VII. DOS PEDIDOS

Assim sendo, diante de todo o exposto acima, entendendo suficientemente configuradas a ilegalidade, a inconveniência e a inconstitucionalidade da **IN/FUNAI/N.9**, bem como os requisitos autorizadores da tutela de urgência (art. 300 do CPC), o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer:**

1) seja **concedida, liminarmente, tutela de urgência** para que:

1.1) a FUNAI, **sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, **mantenha ou, no prazo de 24 horas, inclua no SIGEE**, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas

indígenas⁷⁴, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação⁷⁵ nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

1.2) a FUNAI, **sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por ato contrário à decisão, considere, na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites**, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);

⁷⁴ Que já constam do art. 1º, §1º, da Instrução Normativa n. 9 da FUNAI.

⁷⁵ Conforme conceituação que já existia na Instrução Normativa n. 3 da FUNAI, em consonância com a CF/88 e com o entendimento do STF sobre o caráter originário dos direitos territoriais indígenas e a natureza declaratória da demarcação.

e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

1.3) a FUNAI, **sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais)**, mantenha ou, no prazo de 24 horas, inclua no SICAR, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;

b) Área em estudo de identificação e delimitação;

c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);

d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);

e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

1.4) o INCRA, **sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por procedimento descumprido**, leve em consideração, no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;

b) Área em estudo de identificação e delimitação;

c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);

d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);

e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

1.5) o INCRA, **sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais)**, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, providencie, no prazo de 24 horas, os meios técnicos para o imediato cumprimento da decisão judicial.

2) sejam os requeridos **citados**, por meio de suas respectivas procuradorias nesta capital, para, querendo apresentar defesa;

3) após a defesa e eventual réplica, sejam os autos conclusos para **juízo antecipado**, tendo em vista tratar-se de questão que dispensa dilação probatória; e

4) ao final, seja a decisão de tutela de urgência confirmada e a presente ação julgada **integralmente procedente** para o fim de:

4.1) **declarar**, incidentalmente, a nulidade da Instrução Normativa/FUNAI n. 09, de 16 de abril de 2020, publicada na edição de 22 de abril de 2020 do Diário Oficial da União;

4.2) **condenar** a FUNAI a manter ou incluir no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras domaniais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;

- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

4.3) **condenar** a **FUNAI** a considerar, para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

4.4) **condenar** a **FUNAI** a manter ou incluir no SICAR, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras

índigenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados; e

4.5) **condenar** o **INCRA** a, no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, levar em consideração, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas do Estado de Roraima em processo de demarcação nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.

Protesta, enfim, em se entendendo pela necessidade de dilação probatória, pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, especialmente pela juntada de documentos ao longo do processo e oitiva do presidente da FUNAI em depoimento pessoal.

Pugna-se pela não realização de audiência de conciliação, haja vista a natureza indisponível dos direitos versados

Atribui-se à causa o valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Boa Vista/RR, na data da assinatura eletrônica.

(assinatura eletrônica)
ALISSON MARUGAL
Procurador da República