



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO
GRUPO REGIONAL DE ATUAÇÃO PROATIVA - 1ª REGIÃO
GRAP INTIMAÇÃO JUDICIAL - RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

OFÍCIO n. 01109/2020/INTRECATIV/GRAP1/PGU/AGU

Brasília, 27 de julho de 2020.

Ao Senhor(a) Responsável pela CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

NUP: 00465.003913/2019-39 (REF. 1015396-35.2019.4.01.3600)
INTERESSADOS: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL E OUTROS
ASSUNTOS: TERRAS INDÍGENAS E OUTROS

Ementa: Parecer de força executória. Constituição de Grupo de Trabalho. 30 dias. Demarcação de área indígena.

Ao tempo em que cumprimentamos Vossa Senhoria, enviamos a decisão proferida no feito em epigrafe a qual determina que a UNIÃO e a FUNAI procedam a constituição, no prazo de 30 (trinta) dias, de Grupo de Trabalho para dar continuidade à demarcação da Terra Indígena Batovi, no Município de Gaúcha do Norte e Paranatinga, da etnia Waujá.

Segue o comando judicial (dispositivo):

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela de urgência vindicado, determinando às Requeridas que adotem todas as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de demarcação da área objeto dos autos, mediante a constituição do Grupo Técnico para realizar os trabalhos de reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, comprovando-se nos autos, tudo mediante a estrita obediência ao quanto estabelecido no Decreto n. 1.775/96, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), *pro rata*.

Deste julgado, foi interposto o recurso de agravo de instrumento (em anexo).

O prazo do PJE ainda não foi aberto (conta a data de 31/07/2020 para ciência).

Portanto, a referida decisão goza de força executória imediata.

Assim que esta Pasta cumprir o julgado, postula-se o envio de documento para ser juntado aos autos a fim de evitar a aplicação da multa diária.

Segue em anexo cópia da decisão, da petição inicial e do agravo de instrumento.

O processo tramita no PJE (processo eletrônico, portanto).

Atenciosamente,

MAURICIO ROSSI
ADVOGADO DA UNIÃO

Documento assinado eletronicamente por MAURICIO ROSSI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 467975958 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURICIO ROSSI. Data e Hora: 27-07-2020 19:01. Número de Série: 1792735. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



Justiça Federal da 1ª Região
Tribunal (2º grau) e Turmas Recursais e Regional dos Juizados

Comprovante de protocolo

Processo

Número do processo: **1023537-42.2020.4.01.0000**
Órgão julgador: **Gab. 13 - DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE**
Órgão julgador Colegiado: **5ª Turma**
Jurisdição: **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**
Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)**
Assunto principal: **Demarcação**
Valor da causa: **R\$ 500.000,00**
Medida de urgência: **Sim**
Partes: **UNIÃO FEDERAL (05.457.283/0002-08)**
MPF (26.989.715/0058-48)

Audiência

Documentos protocolados	Tipo	Tamanho (KB)
Petição inicial	Petição inicial	0,03
Agravo.pdf	Agravo de Instrumento	340,08
Inicial ACP.pdf	Outras peças	922,75
Decisão.pdf	Outras peças	45,44

Assuntos

Lei
DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO (9985) /
Domínio Público (10088) / Terras Indígenas (10102) / Demarcação (10105)

ASSISTENTE

UNIÃO FEDERAL

ASSISTENTE

MPF

Distribuído em: 27/07/2020 18:37

Protocolado por: MAURICIO ROSSI



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DO MATO GROSSO
ADVOGADOS DA UNIÃO

AV. GENERAL RAMIRO DE NORONHA MONTEIRO, Nº 294 BAIRRO JARDIM CUIABÁ CEP. 78.043.180 FONE (065) 3319 - 5200

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.

Processo nº: 1015396-35.2019.4.01.3600

Autor: MPF

Réus: UNIÃO e FUNAI

UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, vem à presença de Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento, com supedâneo no art. 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil, através do Advogado abaixo assinado, com mandato legal, pelos fundamentos constantes nas inclusas razões recursais, interpor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFETIVO SUSPENSIVO

em face da decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, nos autos do processo em epígrafe, a qual deferiu a tutela de urgência (id n. 263734862).

Requer o recebimento do recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo, bem como o seu devido processamento – inclusive com a intimação do agravado para, querendo, apresentar contraminuta no interregno legal –, de modo que ao final seja conhecido e provido por esse Tribunal.

Registra a agravante que os autos do processo de origem são eletrônicos, razão pela qual, nos termos do § 5º do art. 1.017 do CPC, é dispensável a juntada de peças obrigatórias.

Informa, em atenção ao art. 1.016, IV, do CPC, que a parte agravada está representada nos autos pelo Ministério Público Federal, com sede na Avenida Miguel Sutil, n. 2625, Esquina Rua J. Márcio, Edifício Jardim Cuiabá - Office & Flat - Bairro Jardim Primavera, Cuiabá/MT, CEP 78030-010, bem como pela Procuradoria Regional da República – 1ª Região – com sede no SAS Quadra 5, Bloco E, Lote 8, Brasília/DF, CEP 70070-911.

Quanto à União, informa que está representada pela sua Procuradoria no Estado do Mato Grosso, com endereço na Avenida General Ramiro de Noronha Monteiro, nº 294, Bairro Jardim Cuiabá, CEP 78.043-180, Cuiabá/MT, fone (065) 3319-5200, e-mail: pu.mt@agu.gov.br, bem como pela Procuradoria Regional da União da 1ª Região, com sede em Brasília/DF: SAUS - Quadra 03 - LOTE 05/06 - 5º e 6º andar, Asa Sul, CEP 70070-030.

Requer, por fim, a isenção de custas (art. 1.007, § 1º, CPC).

Termos em que pede deferimento.

Brasília/DF, 22/07/2020

MAURICIO ROSSI
ADVOGADO DA UNIÃO

Processo nº: 1015396-35.2019.4.01.3600

Agravante: UNIÃO

Agravado: MPF

Origem: Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso

EGRÉGIO TRIBUNAL, COLENDIA TURMA, ILUSTRES JULGADORES, INSIGNE RELATOR,

RAZÕES RECURSAIS

1. Breve histórico processual.

Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela de urgência proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI e da UNIÃO, objetivando a declaração da mora do Estado brasileiro na redemarcação da Terra Indígena Batovi, determinando-se à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo administrativo de identificação e delimitação da área, constituindo Grupo de Trabalho para reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, seguindo-se as demais fases, sob pena de cominação de multa diária.

A tutela de urgência foi requerida no seguinte sentido:

a) a concessão de tutela antecipada para declarar a mora do Estado brasileiro na redemarcação da Terra Indígena Batovi, determinando à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Batovi, constituindo Grupo de Trabalho para reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, seguindo-se as demais fases, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

Após a apresentação da contestação pelas partes requeridas, o juízo de origem concedeu a tutela de urgência determinando que:

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela de urgência vindicado, determinando às Requeridas que adotem todas as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de demarcação da área objeto dos autos, mediante a constituição do Grupo Técnico para realizar os trabalhos de reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, comprovando-se nos autos, tudo mediante a estrita obediência ao quanto estabelecido no Decreto n. 1.775/96, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), *pro rata*.

Contudo, a decisão merece ser reformada, conforme as razões abaixo colacionadas.

2. Cabimento do agravo de instrumento.

Com a redação que lhe foi conferida pelo CPC/2015, o agravo de instrumento é cabível das decisões interlocutórias previstas no art. 1.015 do CPC.

No caso em comento, a interposição do recurso se dá com fundamento no inciso I desse mesmo dispositivo legal, que admite a interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias.

Neste caso, resta consubstanciada a possibilidade de interposição deste recurso contra a decisão judicial prolatada que deferiu a tutela provisória de urgência.

3. Julgamento extra petita.

Ao delimitar o pedido de tutela de urgência, a parte autora, ora agravada, destina o comando tão somente à ré FUNAI.

Nada diz a respeito da União.

Assim restou redigido na exordial:

a) a concessão de tutela antecipada para declarar a mora do Estado brasileiro na redemarcação da Terra Indígena Batovi, determinando à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Batovi, constituindo Grupo de Trabalho para reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, seguindo-se as demais fases, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

Observa-se, portanto, que o pedido de tutela de urgência tem como único destinatário a autarquia FUNAI.

Em contrapartida, o julgado ora questionado ampliou os efeitos do pedido para obrigar a UNIÃO a atender ao pleito inicial.

Segue o dispositivo questionado:

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela de urgência vindicado, determinando às Requeridas que adotem todas as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de demarcação da área objeto dos autos, mediante a constituição do Grupo Técnico para realizar os trabalhos de reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, comprovando-se nos autos, tudo mediante a estrita obediência ao quanto estabelecido no Decreto n. 1.775/96, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), *pro rata*.

Ao afirmar que "as requeridas adotem todas as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de demarcação da área objeto dos autos", o juízo a quo obriga a UNIÃO a cumprir o comando judicial.

Dessa forma, evidente e claro se tratar de uma decisão extra petita, que amplia o sujeito passivo da obrigação sem pedido específico da parte autora, ora agravada, nesse sentido.

4. Ilegitimidade passiva da União.

O requerente, ora agravado, pleiteou ao juízo que obligue, ao final, a FUNAI e a UNIÃO a adotarem

as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena Batovi, no Município de Gaúcha do Norte e Paranatinga, da etnia Waujá.

Ocorre que o procedimento ainda se encontra nas fases iniciais isto é, de responsabilidade de condução pela FUNAI.

Nessa toada, não existe, neste momento, providência de competência ou de responsabilidade da União, sendo incerto, inclusive, se essa obrigação surgirá após os estudos da FUNAI.

O próprio requerente indica que o procedimento está em fase inicial, ao pedir que a FUNAI “*dê imediato prosseguimento ao processo de demarcação, constituindo o Grupo Técnico para realizar os trabalhos de identificação e delimitação*”.

Ademais, apesar de o procedimento (nas fases posteriores) prever a participação do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e do Exmo. Presidente da República, é a FUNAI quem assume posição central na condução ou tramitação administrativa da demanda.

É o que se extrai do art. 1º, do Decreto n. 1.775/96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Não tem coerência declarar a mora por omissão da União na demarcação da terra indígena se não há nenhum ato de sua responsabilidade a ser cumprido.

A competência da União para analisar o pleito de revisão da TI Batovi apenas surgirá após os estudos da FUNAI, acaso estes concluam que foram preenchidos os requisitos constitucionais para demarcação da terra tradicional indígena.

Assim, a União não é parte legítima para responder por omissão quando nenhum ato concreto de omissão foi apontado pelo agravado contra este ente.

Corroborando este fundamento o fato de, na inicial, não restar devidamente clara o ato omissivo deste ente federal, a qual é marcada por ausência de informações e clareza.

O Grupo de Trabalho que o julgado ora questionado manda constituir, não deve ter a participação da União já que, conforme esclarecido, compete à FUNAI adotar as medidas necessárias para dar prosseguimento à demarcação em questão.

Pois tais razões, o julgado deve ser reformado.

5. Ausência de interesse de agir em face da União.

A decisão deve ser revista, ademais, por faltar interesse de agir em face da União, visto que não há qualquer violação a princípio ou dispositivo normativo por parte deste ente federal, tampouco fundamento que justifique o receio de violação.

Não há, portanto, necessidade do presente provimento em face deste ente.

O Decreto n. 1.775/96 não previu prazo para o ato de homologação da terra indígena:

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

No presente caso não há qualquer interesse processual, uma vez que não resta demonstrado o abuso ou a desproporcionalidade no transcurso do prazo para a ocorrência da citada homologação.

Observa-se dos autos que a fase atual compete unicamente à FUNAI.

Não há mora de órgão da União (diga-se, Ministério da Justiça ou Presidência da República) na atual fase do procedimento de demarcação.

Assim, pelo atual estágio do procedimento, não há que se falar em mora da União.

Pelo exposto, descabe à União a adoção de qualquer medida nesta etapa. Consequentemente, fica evidente o desacerto do julgado ora questionado delimitando obrigação de fazer em face deste ente.

6. Da exclusão da multa imposta.

Acaso não acatada as teses acima, excluindo este ente do cumprimento da liminar, postula-se a revogação da aplicação de multa.

A decisão recorrida determinou a fixação do valor das astreintes em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada dia de descumprimento quanto à constituição de Grupo de Trabalho.

A fixação de multa por eventual descumprimento da decisão judicial no prazo assinalado não se coaduna com os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo o da legalidade e da impessoalidade.

A partir do momento em que a Administração Pública é intimada para cumprir determinada decisão judicial, são envidados todos os esforços para tanto.

Inclusive, no presente caso, assim que intimada, esta Procuradoria da União enviou ofício ao Ministério competente para tomar conhecimento do julgado, a fim de cumpri-lo (mesmo entendendo ser ilegítima para tanto).

Nota-se que a União não resiste em obedecer a ordens judiciais. Contudo, muitas vezes existem entraves burocráticos e operacionais que devem ser superados para a fiel observância do princípio da legalidade.

Portanto, não se pode atribuir eventual demora no cumprimento do *decisum* à má vontade da União para com as ordens emanadas do Poder Judiciário, tampouco ao desleixo de seus agentes.

Ao contrário, todos os órgãos dão prioridade e imprimem celeridade no atendimento dos comandos judiciais.

Ademais, deve-se lembrar que o cumprimento da ordem depende da ação conjunta com outros órgãos o que, por si só, revela desarrazoado o prazo de 30 (trinta) dias para a constituição do Grupo de Trabalho.

Sobre a necessidade de considerar os entraves operacionais a que se submete a Administração Pública, assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

1. A imposição de multas diárias como instrumento vocacionado à efetiva satisfação das obrigações de fazer, conquanto dotada de indubitável coerção em se tratando de conflitos interindividuais, não se afina com a disciplina normativa imposta à Administração Pública, que por conta da própria natureza do serviço público, muitas vezes posterga o cumprimento de ordens não por vontade de seus agentes, mas porque premido pelas circunstâncias e a tanto obrigado em face do princípio da legalidade. No caso de multas pecuniárias, some-se à burocracia e aos entraves operacionais, a dificuldade no efetivo pagamento das dívidas do Estado, por meio da tormentosa via do precatório.

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 01000183576. Processo: 200201000183576 UF: MA Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO SAVIO DE OLIVEIRA CHAVES Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 16/10/2002 Fonte DJ DATA: 16/12/2002)

Em outro importante julgado, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou que não é cabível a aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública nos casos de cumprimento de obrigação de fazer, conforme demonstra o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REATIVAÇÃO. MULTA. AGRAVO PROVIDO.

1. Não cabe imposição de multa diária contra a Fazenda Pública, a não ser que comprovada recalcitrância do ente público em cumprir a ordem judicial.
2. Jurisprudência majoritária desta Corte é contrária à aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública nos casos de cumprimento de obrigação de fazer.
3. Agravo a que se dá provimento.”

(AG 2007.01.00.027360-0/MG, Rel. Juiz Federal André Prado De Vasconcelos (conv), Segunda Turma,e-DJF1 p.137 de 28/02/2008)

No mesmo sentido, cabe citar o seguinte julgado desse Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

4. A natureza das astreintes e sua finalidade de influir no ânimo do devedor a torna instrumento incompatível com as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública;

(Processo: AC 200684000061455 - AC - Apelação Cível – 428923; Fonte: DJ - Data: 25/03/2009 - Página: 452 - Nº: 57).

Assim sendo, no citado precedente, esse Tribunal Regional Federal da 5ª Região considerou que a natureza das *astreintes* a torna um instrumento incompatível com as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

Dado o seu caráter nitidamente punitivo, e não compensatório, a aplicação de *astreinte* contra a Fazenda Pública, que representa a coletividade, se consubstanciaria numa verdadeira socialização da punição, o que é inconcebível.

Com efeito, toda a coletividade vai, em última instância, sofrer os efeitos deletérios da aplicação da multa contra a União, sendo que tal punição é inócua, pois como já se asseverou, não por desídia do ente público, mas por possível impossibilidade de cumprimento de obrigação de fazer dentro do prazo mensal conferido (inclusive porque não caberia à União cumprir a ordem, conforme alegado nos tópicos acima).

A decisão recorrida também diverge de entendimento consolidado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no sentido de que a imposição de multa por descumprimento de decisão judicial à Administração Pública é medida a ser adotada apenas em caráter excepcional.

Nesse sentido, vale citar o seguinte precedente do TRF da 2ª Região, proferido no AG

200102010166208 (AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 76971):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA.

Como regra, não é possível impor à administração pública o cumprimento de uma ordem ou decisão judicial, sob pena de multa. O preceito cominatório é mais modelado para combater a recalcitrância no setor privado. No setor puramente público inexistente a menor opção entre cumprir ou não a decisão judicial, e o seu descumprimento gera imediatos efeitos penais e administrativos, e tais medidas é que devem ser adotadas, preferencialmente. As “astreintes” fixadas contra pessoa de direito público apenas se justificam como recurso extremo, e garantindo-se o regresso contra o agente faltoso, ou, até, impondo-lhe diretamente a cominação. (Fonte: DJU - Data: 09/09/2003 - Página: 157)

No mesmo sentido, há outra decisão do TRF da 2ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRECEITO COMINATÓRIO IMPOSTO AO PODER PÚBLICO.

I - Como regra, não é possível impor à Administração Pública o cumprimento de uma ordem judicial, sob pena de multa. O preceito cominatório é imposto no setor privado. No setor puramente público inexistente a menor opção entre cumprir ou não a decisão judicial, e o seu descumprimento gera imediatos feitos penais e administrativos, e estes é que devem ser acionados, de modo que, na hipótese, deve ser reformada parte da decisão, que aplicou multa diária ao poder público, até que cumpra ele a ordem judicial.

II - Agravo parcialmente provido.

(TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO. AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo: 9802065412 UF: RJ Relator(a) JUIZ GUILHERME COUTO Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 24/05/1999 Fonte DJ DATA:06/07/1999).

Vale a pena transcrever decisão proferida pelo Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 52497- SE (2003.05.00.031894-5):

A fixação de multa diária tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação. Visa minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação e ânimo, resistência, teimosia, são atributos das pessoas físicas. No que diz respeito à imposição de multa diária à União Federal, entendo que não merece prosperar. As astreintes impostas desfalcam os recursos da União, diga-se da coletividade, imprescindíveis para sua manutenção, em detrimento da vontade pessoal de seu representante legal. Além do mais, mostra-se imprópria vez que serve para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. Ora, fácil de verificar que tal recurso se torna inútil no âmbito da Administração vez que esta nem ânimo possui. Diante do exposto, recebo o presente recurso nos efeitos DEVOLUTIVO e SUSPENSIVO, para suspender a incidência das astreintes aplicadas a União, pelo fato de desfalcá-la de seus recursos, diga-se da coletividade, imprescindíveis para sua manutenção, em detrimento da vontade pessoal de seu representante legal. Oficie-se o MM. Juízo a quo.

Por conseguinte, a decisão recorrida deve ser reformada para efeito de excluir a imposição de multa à União.

Desse modo, deve ser acolhido o presente recurso para que seja afastada a cominação de multa.

Outrossim, não há evidência de efeito protelatório ou má-fé da União.

Há de se lembrar, por fim, a redação do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro, a qual afirma que, ao decidir, o magistrado deve considerar os obstáculos e dificuldades reais do gestor.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Portanto, a exclusão da multa é medida que se impõe.

7. Atribuição de efeito suspensivo.

Prevê o inciso I do artigo 1.019/CPC que, recebido o agravo de instrumento no Tribunal, o relator poderá, no prazo de 05 (cinco) dias, atribuir efeito suspensivo ao recurso, comunicando ao juiz a decisão.

Conforme já demonstrado, existe o elemento da grave lesão à ordem pública, de difícil reparação, na medida em que a União é manifestamente parte ilegítima para a lide.

Assim, o comando judicial, em sede de liminar, não deveria ter sido direcionado a este ente federal.

Diante disso, é necessário atentar para os riscos inerentes à implementação de políticas públicas pelo Judiciário, visto que, embora se reconheça o papel do magistrado, faz-se imperioso encontrar um ponto de equilíbrio, certamente na ponderação de interesses.

Outrossim, o *periculum in mora* se encontra na possibilidade da a União pagar multa e dispender recursos orçamentários para realização de providências que não lhe cabem.

Assim, requer que seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo os efeitos da decisão recorrida em relação à União, comunicando-se ao Juiz *a quo* tal a decisão.

8. Pedidos.

Ante o exposto, requer a agravante:

- a) atribuição de EFEITO SUSPENSIVO ao presente recurso, para sustar os efeitos da decisão agravada em face da União, até o pronunciamento definitivo da Turma Julgadora, consoante disposto nos artigos art. 995, parágrafo único, c/c art. 1019, inciso I, do CPC/2015;
- b) o recebimento deste recurso, intimando-se a agravada nos termos do art. 1.019, inciso II do Código de Processo Civil/2015;
- c) que, ao final, seja conhecido e provido o recurso pelos Eminentes Desembargadores deste Tribunal, para reformar integralmente a decisão agravada, afastando a obrigação direcionada à União;
- d) acaso mantido o dever da União, postula-se, subsidiariamente, a exclusão da multa diária.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 27 de julho de 2020.

MAURICIO ROSSI
ADVOGADO DA UNIÃO

Documento assinado eletronicamente por MAURICIO ROSSI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 467823569 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURICIO ROSSI. Data e Hora: 27-07-2020 18:27. Número de Série: 1792735. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



Número: **1015396-35.2019.4.01.3600**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**

Órgão julgador: **1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT**

Última distribuição : **18/12/2019**

Valor da causa: **R\$ 500.000,00**

Assuntos: **Indenização por Dano Moral, Direitos Indígenas, Terras Indígenas, Demarcação, Patrimônio Cultural**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (AUTOR)			
UNIÃO FEDERAL (RÉU)			
FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO FUNAI (RÉU)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
14491 1355	18/12/2019 17:57	ACP	Inicial



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

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(ÍZA) FEDERAL DA ___ VARA FEDERAL
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MATO GROSSO**

“O alto Batovi constitui espaço ancestral de perambulação e de coleta de recursos naturais de nosso povo. Pelo rio ruma-se às narrativas históricas que explicam a origem do dia e da noite, do ser humano, dos animais, da criação de utensílios, da medicina, da própria regra matrimonial e conduta social, assim como de importantes rituais, que se estendem a todos os povos do Alto Xingu. Na área se encontram importantes testemunhos materiais e paisagísticos da passagem de personagens históricas centrais das narrativas xinguanas - como Kamukuwaká, herói ligado ao ritual de iniciação das jovens lideranças, Kamo e Kejo (Sol e Lua), os criadores e educadores da humanidade.” (trecho da carta enviada por lideranças Waujá ao DNIT, Comissão pró-BR 242/MT, IPHAN, IBAMA, FUNAI, MPF e MP/MT – Paranatinga, 11/05/2018)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República que ao final subscreve, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, bem como nos artigos 2º e 6º, VII, *a e c*, ambos da Lei Complementar 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 TUTELA PROVISÓRIA

em face da

UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Advocacia-Geral da União no Estado, cujo endereço é Av

Avenida Miguel Sutil, nº 2.625, Esquina Rua J. Márcio (R. Nestelaus Devuisky) - Edifício Jardim Cuiabá - Office & Flat - Bairro Jardim Primavera - CEP: 78030-010 - Cuiabá / MT Tel.: 3612 5000 – www.peticionamento.mpf.mp.br



General Ramiro de Noronha Monteiro, nº 294, Jardim Cuiabá,
Cuiabá /MT, Cep: 78043-180; e da

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, pessoa
jurídica de direito público interno, representada pelo
Procurador-Chefe neste Estado, com endereço na Rua 08,
Quadra 15, Centro Político Administrativo, CEP 78.049-025,
Cuiabá/MT, e da **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público
interno, representada pela Advocacia-Geral da União no
Estado, situada na Av. General Ramiro de Noronha Monteiro, n.
294, Jardim Cuiabá, Cuiabá /MT, Cep: 78.043-180,

pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I – DO OBJETO

A presente demanda tem por objetivo a condenação da FUNAI e da UNIÃO a que procedam à conclusão do processo administrativo de revisão dos limites da Terra Indígena Batovi, no município de Gaúcha do Norte e Paranatinga, da etnia Waujá¹.

II – DOS FATOS

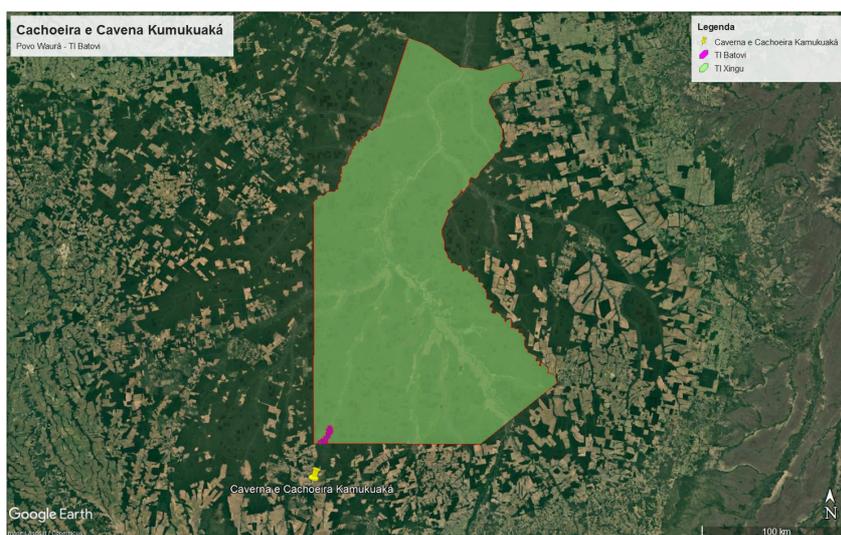
II.1 – Histórico

A Terra Indígena Batovi foi homologada por meio do Decreto s/n de 09 de setembro de 1998, tendo como localização os Municípios de Gaúcha do Norte e Paranatinga, com superfície de 5.158,98 ha e perímetro aproximado de 50.845 km.

1 Também conhecidos como Waurá na literatura especializada (p.ex.: FRANCHETTO, Bruna. Laudo antropológico-pericial "A comunidade indígena Waura e a Terra do Batovi" (Ação Declaratória Processo nº 92.0013080-1), s.l. : s.ed., 1995. 81 p. (Parque Indígena do Xingu)



Ocorre, contudo, que, por ocasião da demarcação do Parque Indígena do Xingu e da Terra Indígena Batovi, diversos locais sagrados para os indígenas ficaram de fora do território tradicional reconhecido, como é o caso da caverna do Kamukuaká. Com efeito, muito embora a referida caverna possua um expressivo significado para o modo de vida dos indígenas da etnia Waujá, conforme melhor explicado no item seguinte, ela não foi alcançada pelo procedimento demarcatório, conforme se visualiza na figura abaixo:



Diante disso, em 2005, os índios Waujá solicitaram à FUNAI que procedesse à revisão dos limites da TI Batovi².

Antes disso, porém, a própria FUNAI encaminhou ofício à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF solicitando a presença de um antropólogo do MPU para acompanhar a expedição à Caverna Kamukuaká, localizada no entorno da Terra Indígena Batovi, o que, contudo, não foi possível³. Juntou-se aos autos o relatório da 1ª expedição realizada em fevereiro de 2002⁴ e, em

2 ID 143854856 - f. 98.

3 ID 143757884 - f. 40.

4 ID 143757884 - ff. 13-29.



seguida, juntaram-se aos autos as memórias de reuniões com as tratativas referentes à 2ª expedição para fiscalizar o entorno da caverna Kamukuaká⁵.

Os autos foram remetidos à assessoria antropológica da PGR, sendo informado que, em maio/2003, seria realizado um *“levantamento prévio de campo, com vista à identificação e delimitação da área da caverna do Kamukuaká, pelo antropólogo Marcelo Fiorini”*, o qual identificou uso do local por não índios e a ausência de providências no sentido de sua proteção. Sugeriu, então, reunião conjunta entre os Waujá, a FUNAI, o IPHAN e o IBAMA de modo a entabular alternativas para prescrever esse patrimônio⁶.

Com o resultado da análise, os documentos foram remetidos a esta Procuradoria da República em Mato Grosso para acompanhamento mais eficaz, sendo juntados ao Inquérito Civil n. 1.20.000.000467/2010-91⁷, que embasa a presente demanda e cuja cópia acompanha esta inicial.

Inicialmente, determinou-se a expedição de ofício à FUNAI solicitando informações a respeito do processo de revisão dos limites da TI Batovi, de forma a reconhecer a área da caverna Kamukuaká como área integrante da terra indígena⁸.

Em resposta, a FUNAI informou que a reivindicação encontrava-se registrada em seu sistema, porém, explicou que os estudos previstos na Fundação obedeciam a critérios de antiguidade, urgência e vulnerabilidade, em âmbito nacional. Concluiu, com isso, que, em relação à TI Batovi, somente após a qualificação poderia ser incluída no planejamento de ações da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação⁹.

Considerando que os pleitos dos indígenas acerca da caverna Kamukuaká datavam do **ano de 2002**, fez-se necessário averiguar desde quando

5 ID 143757884 - ff. 59-70.

6 ID 143854856 - f. 96.

7 ID 143854856 - ff. 110-2.

8 ID 143854856 - f. 116.

9 ID 143854856 - ff. 117-8.



havia registro da solicitação pela Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI e, a partir disso, averiguar por qual razão o procedimento ainda estava na sua primeira fase, qual seja, a qualificação da reivindicação¹⁰.

A FUNAI esclareceu que a reivindicação do povo Waujá foi registrada em 09/03/2005 e justificou a demora no grande número de procedimentos iniciados em anos anteriores e do número reduzido de servidores qualificados lotados na DPT, impondo a conclusão de procedimentos antigos antes de se constituir novos GTs¹¹.

Em continuidade de diligências, solicitou-se que FUNAI informasse se havia previsão para o exercício de 2013 de constituição de GT para a realização de estudos relacionados ao pleito de revisão da TI Batovi para abranger a caverna Kamukuaká, bem como que encaminhasse informações sobre o planejamento da FUNAI para aquele ano no que diz respeito à demarcação de terras indígenas no Estado do Mato Grosso, indicando, especialmente, os processos de demarcação em andamento com grupos de trabalho já constituídos e os grupos de trabalho previstos para serem constituídos no ano de 2013¹².

Em 26/6/2015, a FUNAI informou que a reivindicação fundiária do grupo indígena Waujá (TI Batovi) ainda encontrava-se em processo de qualificação. Novamente, justificou a demora na escusa do reduzido números de servidores.

Vê-se, portanto, que o trabalho iniciado pela FUNAI **há quase 15 anos** não chegou ainda ao seu termo, não havendo, aliás, a conclusão nem mesmo da primeira fase do processo (qualificação para constituição de Grupo de Trabalho).

Assim, conforme veremos abaixo, as requeridas FUNAI e UNIÃO agem em total afronta às normas que garantem o direito à duração razoável do processo e impõem ao Estado o dever de demarcar de modo célere as Terras

10 ID 143854856 - f. 121.

11 ID 143854856 - f. 122.

12 ID 143854856 - f. 126.



Indígenas, a primeira por não cumprir seu dever constitucional e legal e a segunda por não prover a primeira dos recursos materiais e humanos para tanto¹³.

Há, com isso, inegável mora estatal ao deixarem de concluir, no prazo devido, o processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Batovi.

II.2 – Tombamento da Caverna Kamukuaká¹⁴

A caverna Kamukuaká é um dos sítios mais sagrados da cultura xinguana. É um território imemorial, já que guarda, inclusive em suas paredes, a história mítica dos povos do Alto Xingu, sendo utilizado como centro ritualístico, como no caso do ritual de furação de orelha. A área possui, então, uma carga suplementar de significado.

Os integrantes do Alto-Xingu, apesar de serem de etnias diversas, formam uma unidade cultural maior, compartilhando mitos, ritos, cerimônias e um sistema comum.

A caverna Kamukuaká é um sítio que expressa a continuidade histórica, arqueológica e cultural dos povos do Xingu, em razão de ser parte integrante e constitutiva da identidade xinguana. As paredes estão repletas de petrogrifos ainda utilizados nas cestarias, cerâmica, contos míticos e rituais, o que torna o local um sítio vivo, uma vez que há interação permanente e atual do cotidiano do povo com as inscrições da Caverna.

Os indígenas da região visitavam com frequência o local, em especial os Waujá, até a criação do Parque Indígena do Xingu, que deixou a Caverna fora dos seus limites, inferiores ao território histórico de ocupação indígena. Deste modo, as nascentes do rio Xingu foram ocupadas por polos agropecuários.

13 Veja-se que a principal justificativa da FUNAI para a demora na conclusão do procedimento é a falta de pessoal para tanto.

14 Ids 143854872, 143865347, 143865371, 143865388 e 143877849 – Anexos I e II, ff. 03-371.



E não foi diferente com a demarcação da Terra Indígena Batovi, que, embora mais recente, também deixou a caverna fora dos seus limites.

Kamukuaká é, portanto, um sítio arqueológico singular, cuja importância não está na monumentalidade do local, visto ser pequeno, mas pelo aspecto cultural ainda presente na vida do povo Waujá da Terra Indígena Batovi.

Destarte, conclui-se que a proteção da caverna não é só uma questão arqueológica, mas, também e principalmente, cultural, questão fundamental para a manutenção dos rituais e da própria identidade do povo Waujá.

O IPHAN encaminhou ao MPF cópias do processo n. 1.535-T-06, relativo ao tombamento da Caverna Kamukuaká como patrimônio cultural nacional, que foi homologado em 20/10/2015¹⁵.

II.3 – Proteção deficiente ao local

Em 06/02/2013, a FUNAI, em conjunto com o IPHAN, realizou vistoria na Caverna Kamukuaká, em atendimento à denúncia de intervenções irregulares em decorrência da pavimentação da BR-242 e monoculturas de soja¹⁶. Na oportunidade, constatou-se que a placa de sinalização de bem tombado¹⁷ havia desaparecido em provável ação predatória pela visitação irregular do local. Também foram encontrados vestígios da presença de pescadores além da deposição pontual de dejetos¹⁸.

Em setembro de 2018, o IPHAN realizou nova vistoria *in loco* e constatou mais impactos na gruta, consistentes em ação criminosa de autor desconhecido que realizou a retirada sistemática da maioria das gravuras rupestres com alguma ferramenta. Diante disso, o IPHAN encaminhou notícia-crime ao MPF e à Polícia Federal e notificou o Sr. José Izidoro Corso, do Grupo JCN, e a Agropecuária

15 ID 143865371 – Anexo I, f. 162.

16 ID 143635412 – Anexo II, ff. 479-503.

17 ID 143854856 – f. 139.

18 ID 143854856 – ff. 133-8.



Araguari a adotarem providências quanto à sinalização e proteção do local¹⁹, além de ter registrado boletim de ocorrência²⁰.

Não bastasse isso, em janeiro de 2019 aportou aos autos ofício encaminhado pelo Coordenador da FUNAI Regional-Xingu relatando visíveis danos na Caverna Kamukuaká decorrentes de ações antrópicas que causaram a depredação do local. Destacou a preocupação da comunidade indígena Waujá em relação aos sucessivos e irreparáveis danos detectados no local, carecendo de proteção ambiental e patrimonial, sobretudo sinalização e monitoramento do local. Apontou-se, ainda, como urgente a necessidade de fazer com que o proprietário da fazenda em que está localizado o sítio arqueológico Caverna Kamukwaká feche os acessos de estradas que levam até ao encontro das cachoeiras e à própria Caverna onde se encontram as gravuras rupestres do povo Waujá²¹.

Com isso, diante do evidente descaso com o local sagrado por parte dos titulares dos imóveis em que ele está situado, bem como do sério e fundado risco de depredação, mostra-se imperioso e urgente dar continuidade ao processo de demarcação da TI Batovi também como medida de proteção a tais sítios com a sua inclusão na área de abrangência da Terra Indígena.

III – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.1 – Da legitimidade passiva da Funai e da União

Antes de qualquer outra coisa, é imperioso esclarecer que a presente demanda é ajuizada em face tanto da UNIÃO quanto da FUNAI em razão de todo o arcabouço normativo que regulamenta o processo de demarcação de Terras Indígenas.

19 A informação consta à f. 60 do IC 1.20.000.000023/2017-22, instaurado para apurar a adoção de providências necessárias para a manutenção da proteção jurídica dos lugares sagrados ligados ao mito do Kuarup, Kamukuaká e Sagihenhu, localizados próximo ao parque indígena do Xingu e TI Batovi.

20 ID 144815935– ff. 191-2.

21 ID 143854856 – f. 172.



Com efeito, não se ignora que a recente Lei n. 13.844/19, alterada pela MP n. 886, manteve entre as competências do Ministério da Justiça e Segurança Pública a área relativa aos direitos dos índios (art. 37, XXI), com exceção apenas da demarcação de Terras Indígenas, que ficou a cargo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (art. 21, XIV e §2º).

No entanto, é sabido, também, que o STF suspendeu os efeitos do art. 1º da MP 886 na parte em que altera os artigos 21, inciso XIV e §2º, e 37, inciso XXI, da Lei 13.844/2019, tendo em vista que “o artigo 62, parágrafo 10, da Constituição da República veda expressamente a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo na mesma sessão legislativa e que seu teor literal não suscita qualquer divergência”, como foi o caso da MP 870²². Mais do que isso, o MPF já havia se pronunciado anteriormente, ainda sob a vigência da MP 870, apontando a inconstitucionalidade do texto²³.

Some-se a isso o fato de que o Decreto n. 1.775/96 permanece em vigor, dispondo “sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas”, prevendo, entre outras regras, que “as terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas **por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio**” (grifei). Note-se, aliás, que as regras do Decreto n. 1.775/96 já foram “declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa”, como ressaltado no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009).

Com isso, segundo o regramento atual para a identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de Terras Indígenas, nos termos do Decreto n. 1.775/96, o procedimento tem início na FUNAI, passa pelo

22 Cf.: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414818>> (acesso em 25/06/2019). Pelas mesmas razões, o presidente do Congresso devolveu a MP 886 à Presidência da República (cf.: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/25/alcolumbre-diz-que-devolvera-ao-planalto-mp-quetransferiu-demarcacao-para-agricultura.ghtml>> acesso em 25/06/2019).

23 Cf.: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-1.2019>> (acesso em 25/06/2019).



Ministério da Justiça e Segurança Pública e é concluído pelo próprio Presidente da República, voltando, então, para a FUNAI para as providências de registro.

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

Os critérios para se identificar e delimitar uma Terra Indígena, processo que é realizado por um grupo de técnicos especializados, estão definidos no Decreto n. 1.775/96 e na Portaria n. 16/MJ, de 09/01/1996, a qual estabelece *“regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas”*.

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

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

Os estudos antropológicos e os complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário deverão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme os preceitos constitucionais, assim como apresentar elementos



visando à concretização das fases subsequentes à regularização total da terra. É com base nestes **estudos**, previamente **aprovados pelo Presidente da FUNAI (TI Delimitada)**, que a área será Declarada por ato do Ministro da Justiça²⁴ como sendo de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, editando-se, assim, uma **Portaria Declaratória**, que é publicada no Diário Oficial da União. Com isso fica reconhecido, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro.

Em síntese, portanto, o atual regramento para a demarcação das Terras Indígenas, estabelecido no Decreto n. 1.775/96, com suas fases e prazos, pode ser apresentado da seguinte forma:

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

Do exposto, extrai-se que, independentemente das recentes alterações legislativas – as quais foram, inclusive, suspensas – cabe à **FUNAI** a condução do processo de demarcação de Terras Indígenas e à **UNIÃO**, por meio de portaria de Ministro de Estado (art. 2º, § 10, I, do Decreto n. 1.775/96) e, posteriormente, por meio de decreto do Presidente da República (art. 5º do Decreto n. 1.775/96), a conclusão da demarcação.

²⁴ Como visto acima, apesar do teor da Lei n. 13.844/19 e da MP 886, fala-se em ato do Ministro da Justiça como responsável pela declaração, mediante portaria, dos limites da Terra Indígena, haja vista que o Decreto n. 1.775/96 não foi alterado e que a referida MP teve seus efeitos suspensos pelo STF.



Portanto, não restam dúvidas quanto à legitimidade tanto da FUNAI quanto da UNIÃO para compor o polo passivo da presente demanda, na qual, vale repetir, busca-se a conclusão do processo administrativo de regularização/revisão da Terra Indígena Batovi.

III.2 – Do direito dos índios à proteção de suas terras

Como se sabe, a Constituição da República de 1988 conferiu proteção às manifestações das culturas indígenas (artigo 215, § 1º), reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231).

O mesmo Texto Constitucional estabelece, ainda, que as terras tradicionalmente ocupadas pelo índios constituem bens da União e que só a ela compete legislar sobre populações indígenas. Com efeito, preveem os dispositivos pertinentes:

Art. 20. São bens da União:

(...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...) XIV - populações indígenas;

Nesse jaez, o constituinte atribuiu à União o poder-dever de demarcar as terras indígenas, bem como protegê-las, inclusive seus bens, esclarecendo:

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

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades



produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.(...)*

§ 4º - *As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.*

§ 5º - *É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.*

§ 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.*

Na mesma linha, aliás, já eram as previsões da Convenção n. 169 da OIT, que, em seus artigos 13 e 14, estabelece:

PARTE II – TERRA

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras



ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de território, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

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.

Não há dúvidas, portanto, que o direito dos índios às suas terras é um direito fundamental, com expresse reconhecimento constitucional e supralegal. O fundamento jurídico e histórico desse direito é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. Nesse sentido, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de áreas dentro das terras indígenas são nulos e



extintos, não produzindo efeitos jurídicos e não gerando indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

O traço da originalidade do direito dos índios foi apontado pelo Supremo Tribunal Federal, que ressaltou sua anterioridade em relação a outros direitos, até mesmo no tocante ao nascimento das unidades federadas:

“Todas as ‘terras indígenas’ são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’.

(...) DIREITOS ‘ORIGINÁRIOS’. 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. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF).” (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. Carlos Britto, 19/03/2009)

Observa-se, portanto, que o processo de demarcação de Terras Indígenas é o meio administrativo para concretização de um direito fundamental, por meio do qual se explicitam os limites do território tradicionalmente ocupado pelos



povos indígenas. É dever da União Federal, que busca com a demarcação de terras indígenas (a) resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; (b) propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e (c) preservar a diversidade cultural brasileira. Tudo isso em cumprimento ao que é determinado pelo caput do artigo 231 da Constituição Federal.

Destarte, sempre que uma comunidade indígena possuir direitos sobre uma determinada área, nos termos do §1º do artigo 231 da Constituição Federal, o poder público terá o dever de identificá-la e delimitá-la, de realizar a demarcação física dos seus limites, de registrá-la em cartórios de registro de imóveis e protegê-la.

Entretanto, antes mesmo do processo demarcatório já existe o dever do Estado de proteger o território tradicional indígena, decorrência direta da natureza declaratória do processo de demarcação, amplamente reconhecida pela nossa jurisprudência.

Com efeito, a natureza declaratória do reconhecimento administrativo das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios já foi afirmada em reiteradas oportunidades pelo STF²⁵, do que se conclui que a eventual mora do Executivo em demarcar tais territórios tradicionais não pode implicar restrições aos direitos das comunidades indígenas, entre os quais estão o de proteção do seu território.

Ocorre, contudo, que a FUNAI, mesmo instada em várias oportunidades a adotar tais medidas, recusa-se a fazê-lo, como consta dos autos, tornando necessária a medida judicial aqui pleiteada.

IV – DA MORA DO ESTADO BRASILEIRO NO CASO CONCRETO

25 “(...) o reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional” (ACO 312, julgado em 02/05/2012, DJe-054 de 20-03-2013).

“(…) a demarcação de terra indígena é ato meramente formal, que apenas reconhece direito preexistente e constitucionalmente assegurado (art. 231 da CF)” (SL 610 AgR, julgado em 04/02/2015, DJe-041 de 03-03-2015).



A Constituição da República elegeu a duração razoável do processo como direito fundamental:

Art. 5. (...)

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

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

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

No caso em questão, o processo administrativo de redemarcação teve início há cerca de 14 anos, todavia, não houve a constituição de Grupo de Trabalho para a realização de estudo de demarcação física Terra Indígena Batovi, e ao longo desses anos não houve o avanço, sequer, na primeira fase do procedimento, que obedece as fases seguintes:

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 MJSP	Até 60 dias após o encerramento do prazo previsto no item anterior.
5. Decisão do MJSP	Até 30 dias após o recebimento do procedimento. Possibilidade de



	edição de portaria declaratória dos limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.
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 (Lei n. 6.001/73 e Decreto n. 1.775/96) são especiais em relação àqueles previstos na Lei n. 9.784/99, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

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



administrativa. RMS 26212/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.5.2011. (RMS-26212)” (noticiado no Informativo nº 625) (grifei)

Nesse jaez, a conduta omissiva das requeridas mostra-se flagrantemente inconstitucional, ferindo, neste aspecto, o disposto no art. 37, *caput*, da CF/88, não apenas no que diz respeito ao princípio correlato da legalidade, mas também aos princípios da moralidade e da eficiência, pois o injustificado silêncio administrativo em lapso temporal tão dilatado **(mais de 14 anos!)** estampa a verdadeira inoperância estatal.

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

Deveras, é sabido que o fim colimado pelo referido procedimento administrativo é exatamente a demarcação da terra indígena, dever da União estabelecido no *caput* do art. 231 da CF/88²⁶, que, por sua vez, visa justamente a oportunizar à comunidade beneficiária vida digna conforme os costumes e tradições²⁷ da etnia em questão. Assim, a mora estatal, nessas circunstâncias, conflita diretamente com a finalidade estabelecida pelo legislador constituinte originário, notadamente quando este estabeleceu prazo quinquenal para a ultimação das demarcações, nos termos do acima referido artigo 67 do ADCT, prazo este há muito ultrapassado e sem previsão de conclusão.

Note-se, aliás, que a mora é tamanha a ponto de permitir afirmar que a FUNAI não esta 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*

²⁶ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

²⁷ “Art. 231. (...)”

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



tradições”, a demora no seu reconhecimento e estabelecimento de seus limites inviabiliza o exercício dos direitos mais essenciais pelos seus destinatários.

V – DA TUTELA JURISDICIONAL PRETENDIDA

Cumprе consignar que o Ministério Público Federal não pretende, aqui, interferir na conveniência e na oportunidade afetas ao crivo do administrador. E não o faz por duas razões. Primeiro, porque não há conveniência e/ou oportunidade a interferir, já que o ato ora reivindicado é vinculado, e não discricionário. Com efeito, se o procedimento administrativo vem acompanhado de estudos antropológicos e históricos que apontam no sentido do reconhecimento da terra indígena, não pode a demarcação ser denegada por questões que não sejam técnicas. Todos os estudos anteriores são realizados por *“antropólogo de qualificação reconhecida”*, acompanhado por grupo técnico especializado que poderá solicitar auxílio à comunidade científica sempre que necessário. Vale lembrar, ainda, que a lei (Decreto n. 1.775/96) **vincula** a desaprovação da demarcação *“ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição”*.

A segunda razão é ainda mais singela: o Ministério Público Federal, nestes autos, não requer judicialmente decisão administrativa *“demarcatória”*, mas apenas decisão compelindo as requeridas a encerrar etapa atual do procedimento administrativo e dar prosseguimento ao feito até a conclusão dos trabalhos de demarcação com a declaração, mediante Portaria do Ministro da Justiça e Segurança Pública, dos limites da Terra Indígena, se for esta a conclusão alcançada

Por tudo isso, considerando que a omissão é evidente, que causa gravame às comunidades interessadas, semeando a insegurança e a incerteza, não há razão plausível para que o Judiciário deixe de emanar ordem e estancar tamanha inconstitucionalidade. Pelo contrário. Exatamente para situações como a destes autos o legislador constituinte estabeleceu que *“nenhuma lesão ou ameaça de*



lesão será excluída do Poder Judiciário” (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). O controle judicial dos atos administrativos é reconhecido pela unanimidade da doutrina e a constatação de que a hipótese em exame contempla um legítimo caso de silêncio administrativo (que é fato e não ato) nem por isso afasta o controle jurisdicional.

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

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

Sucedo, contudo, que a mora diante da qual nos vemos caracterizou e marcou todo o presente feito administrativo de demarcação, recomendando, por esta razão, medida inibitória para que tais omissões não se repitam e os prazos – todos eles – sejam observados pela FUNAI.

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

“A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma



tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória”²⁸

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

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

Nesse panorama é que o MPF requer provimento jurisdicional para que a FUNAI conclua a 1ª fase do processo de demarcação e permita o prosseguimento do feito até sua conclusão, ocasião que encaminhará o processo ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Por fim, em caráter preventivo, requer que a UNIÃO, por meio de seu Ministro de Estado, igualmente cumpra o prazo estatuído no §10º do artigo 2º do Decreto n. 1.775/96 e, assim, conclua o processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Batovi.

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

“(…) 3. A demarcação de terras indígenas é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica,

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



cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O procedimento de demarcação de terras indígenas é constituído de diversas fases, definidas, atualmente, no art. 2º do Decreto 1.775/96.

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

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

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

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

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



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

VI – DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO OMISSIVO

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

Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado por danos daí decorrentes em agravo dos administrados.”²⁹

Todavia, como é sabido, não se mostra suficiente para a ocorrência da responsabilidade estatal a simples relação entre ausência do serviço e dano ocorrido. É necessário estar configurado o dolo, isto é, a intenção de omitir-se quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de

29 *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. 2002, p. 862.



eficiência capaz de obstar o evento lesivo, ou configurada ao menos a culpa, que pode se dar por negligência, imprudência ou imperícia ensejadoras do dano.

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

Nesse jaez, vale lembrar que:

“A terra, para os povos indígenas, é um conceito totalizante e aglutinador de todos os demais: cultura, etnicidade, indianidade, história, religião, política, economia e outros, o que destaca a reivindicação pela demarcação das terras indígenas como parte de um plexo conceitual mais amplo: a territorialidade indígena”³⁰.

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.”³¹

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

Mais do que isso, aliás, em se tratando de violação de interesses coletivos, a condenação por dano moral se justifica tão somente pela sua violação, ou

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

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



seja, decorre da própria situação de fato criada pela conduta do agente – danos *in re ipsa* –, o que torna até mesmo desnecessária a prova do efetivo prejuízo, na medida em que o dano se presume em face da própria lesão aos direitos extrapatrimoniais da coletividade.

Assim expõe ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS³² a respeito do tema:

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

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

“ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA

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



DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO -
LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

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

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

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

Assim, não há dúvida quanto à possibilidade de fixação de indenização no caso dos autos, em que se está diante de uma inacreditável mora estatal.

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

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

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

Por fim, deve-se ter em conta que a reparação pelos prejuízos às coletividades indígenas somente se dará de forma completa em sendo observada a



sua função punitiva e inibitória – *punitive or exemplary damages*³³ –, mediante a fixação de indenização pelos danos causados.

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

Isso porque, mediante a imposição de grave sanção jurídica para condutas como as dos recorridos, confere-se real e efetiva tutela aos direitos étnicos e culturais dos indígenas que aguardam a conclusão do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Sangradouro, assim como a outros bens jurídicos transindividuais.

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

VII – DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) 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 determinar a imediata constituição de um Grupo Técnico de identificação e delimitação com o fim de redefinir os limites da Terra Indígena Sangradouro.

O art. 300 do CPC estabelece os requisitos da tutela de urgência:

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



“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 em silêncio administrativo, mora estatal demonstrada, que subsiste há um longo período. O descumprimento reiterado e permanente de comando normativo que fixa prazo para encerramento do processo administrativo, bem como a violação explícita dos princípios mais caros do Direito Administrativo (legalidade, probidade, eficiência, moralidade, finalidade), o atraso na prestação jurisdicional só prolongaria a inaceitável e extremamente danosa mora estatal.

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

Não há dúvidas quanto ao direito dos indígenas a suas terras, direito inclusive previsto e protegido constitucionalmente, por meio do art. 231 da CF. A mora estatal resta patente e documentalmente comprovada, já que a fundação indigenista tem conhecimento na necessidade de realizar reestudo dos limites da TI e protela na tomada das medidas necessárias há mais de uma década.

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

Com efeito, “a perda dos territórios implica, na maioria dos casos, a fragmentação dos indivíduos que compõem as comunidades. Nessa condição, as dimensões 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’.”³⁴

A demora em redefinir os limites da TI Batovi além de constituir violação constante ao direito das comunidades indígenas à demarcação de suas terras, contribui para a instalação e agravação de conflitos fundiários entre fazendeiros e indígenas, o que pode acarretar sérios danos aos envolvidos e a terceiros.

Por outro lado, a principal consequência, em princípio, dos sítios sagrados terem ficado fora do perímetro demarcado, motivação da revisão de limites objeto deste feito, seria eventual impedimento de acesso dos indígenas ao local sagrado ou eventual embaraço à realização de rituais que envolvam tal local, que, como se disse acima, está inserido dentro de uma propriedade privada.

Registrem-se os documentos que recentemente aportaram aos autos do ICP³⁵³⁶, relatando a preocupação da etnia Waurá com os irreparáveis e sucessivos danos detectados no local sagrado da caverna do Kamukuwaká, carecendo de maior atenção por parte do IPHAN, IBAMA e FUNAI.

Assim, enquanto se aguarda a realização dos procedimentos necessários para revisão dos limites da TI Batovi, solução intermediária e subsidiária que se revela seria assegurar aos indígenas o acesso ao seu local sagrado e a realização de rituais que lá devam ocorrer, além das devidas medidas de proteção ao local.

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

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

35 ID 143854856 – f. 172

36 ID 144815935 – ff. 190-2 ou 210-2.



VIII – DOS PEDIDOS

Em razão de todo o exposto acima, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos termos dos artigos 497 ao 501, c/c art. 300, todos do Novo Código de Processo Civil, bem como da Lei n. 7.347/85, requer:

- a) a **concessão de tutela antecipada** para declarar a mora do Estado brasileiro na redemarcação da Terra Indígena Batovi, determinando à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Batovi, constituindo Grupo de Trabalho para reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, seguindo-se as demais fases, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);
- b) a **citação** das demandadas, por meio de seus representantes legais, para, querendo, contestarem a presente demanda no prazo legal;
- c) a **condenação** definitiva da FUNAI e da UNIÃO a concluírem o processo de revisão de limites da Terra Indígena Batovi, nos termos definidos no item a, observado o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);
- d) a **condenação** da FUNAI e da UNIÃO à obrigação solidária de pagamento de indenização, a título de danos morais coletivos, em valor não inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertido em investimentos diretos em políticas públicas destinadas aos indígenas pertencentes à etnia Waujá, da Terra Indígena Batovi;



Por fim, **requer** a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a juntada de novos documentos, inspeção judicial, perícia e oitiva de testemunhas.

Dá-se à causa, para efeitos legais, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Cuiabá, na data da assinatura eletrônica.

(assinado eletronicamente)

Ricardo Pael Ardenghi

PROCURADOR DA REPÚBLICA





Número: **1015396-35.2019.4.01.3600**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**

Órgão julgador: **1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT**

Última distribuição : **18/12/2019**

Valor da causa: **R\$ 500.000,00**

Assuntos: **Indenização por Dano Moral, Direitos Indígenas, Terras Indígenas, Demarcação, Patrimônio Cultural**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (AUTOR)			
UNIÃO FEDERAL (RÉU)			
FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO FUNAI (RÉU)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
26373 4862	20/07/2020 18:30	Decisão	Decisão



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Mato Grosso
1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT

PROCESSO: 1015396-35.2019.4.01.3600
CLASSE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65)
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PROCURADORIA)
RÉU: UNIÃO FEDERAL, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela de urgência proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em desfavor da **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI e da UNIÃO**, objetivando a declaração da mora do Estado brasileiro na redemarcação da Terra Indígena Batovi, determinando-se à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo administrativo de identificação e delimitação da área, constituindo Grupo de Trabalho para reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, seguindo-se as demais fases, sob pena de cominação de multa diária.

As Requeridas foram instadas a apresentarem suas contestações, as foram apresentadas a partir dos ids. 236027872 e 249047369.

É o breve relato. Decido.

De proêmio, convém consignar, que, em sede de ação civil pública, para a concessão de liminar, devem concorrer dois pressupostos essenciais, a saber: a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de que a sentença, se concessiva ao final, seja de nenhuma utilidade frente ao ato impugnado, mormente em virtude do decurso do tempo (*periculum in mora*).

Por sua vez, mostra-se pertinente registrar que os arts. 231 e 232 da Constituição Federal dispõem o seguinte:



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

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

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 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.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Neste contexto, a despeito da afirmação da FUNAI, no sentido de que a deflagração de processo de identificação de terra indígena demanda profunda complexidade, evidencia-se



que remanesce plenamente justificado interesse na análise do pedido administrativo por meio do qual se busca a identificação e redefinição dos limites da Terra Indígena, sobretudo quando há notícias de depredação do local (id. 43854856 - pág. 57/62) e também como medida de proteção, com a sua inclusão na área de abrangência da Terra Indígena.

Deveras, é cediço consignar que, consoante os elementos extraídos dos autos, comprova-se que a área em comento vem sendo objeto de ação depredatória pela visitação irregular do local, com a deposição de dejetos e retirada de placas de sinalização (id. 143854856 - pág. 62), afetando diretamente a sobrevivência e a cultura da comunidade indígena.

Portanto, considerando que a finalidade precípua da ação demarcatória é a perfeita identificação do bem imóvel e de acordo com os elementos dos autos, ao não se concluir o pedido de revisão da demarcação da área indígena em apreço, apresenta-se suficientemente comprovada a mora estatal e o evidente interesse jurídico da etnia Wuajá em ver concretizado o procedimento de revisão da demarcação da área da Terra Indígena em apreço.

Dito isso, é importante reconhecer que, consoante os argumentos lançados na inicial e corroborados pelos documentos encartados ao feito, vislumbra-se incontroverso, que, consoante informações prestadas pela FUNAI, o andamento do processo de revisão da Terra Indígena TI Batovi para abranger a caverna Kamukuaká foi iniciado há cerca de 15 (quinze) anos, sendo que este sequer passou pela primeira fase do processo (qualificação para constituição de Grupo de Trabalho).

Por conseguinte, importa reconhecer que a demora comprovada nos trabalhos de reestudo dos limites da terra indígena viola flagrantemente o preceito da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, bem como aos prazos previstos no Decreto n. 1.775/96 e na Lei n. 9.784/99.

Nestes termos, além de configurados fundamentos relevantes ao deferimento da medida de urgência, também se mostra evidenciado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do presente feito, uma vez que os elementos encartados ao feito revelam a limitação da propriedade da área constitucional e originariamente assegurada à comunidade indígena.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela de urgência vindicado, determinando às Requeridas que adotem todas as medidas necessárias para o imediato prosseguimento do processo de demarcação da área objeto dos autos, mediante a constituição do Grupo Técnico para realizar os trabalhos de reestudo de limites e elaboração de relatório detalhado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, comprovando-se nos autos, tudo mediante a estrita obediência ao quanto estabelecido no Decreto n. 1.775/96, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), *pro rata*.

Diante da indisponibilidade do direito objeto da inicial, deixo de designar audiência de conciliação (art. 334 do Código de Processo Civil).

Intime-se o Autor para impugnação, oportunidade em que deverá manifestar seu eventual interesse na produção de provas, no prazo de 15 (quinze) dias.



Após, intimem-se as Requeridas para que manifeste o eventual interesse na produção de provas, no prazo de 05 (cinco) dias.

Nada sendo requerido, venham os autos conclusos para sentença.

Intimem-se.

Cuiabá, 20 de julho de 2020.

Assinatura Digital

CIRO JOSÉ DE ANDRADE ARAPIRACA

Juiz Federal da 1ª Vara/MT

