



Número: **1002351-95.2018.4.01.3600**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **3ª Vara Federal Cível da SJMT**

Última distribuição : **03/07/2018**

Valor da causa: **R\$ 5.000,00**

Assuntos: **Indenização por Dano Moral, Demarcação**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

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

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (AUTOR)			
FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO FUNAI (RÉU)			
UNIÃO FEDERAL (RÉU)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
7776500	20/08/2018 17:27	Decisão	Decisão

Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
3ª Vara Federal Cível da SJMT

PROCESSO N.: 1002351-95.2018.4.01.3600.
CLASSE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65).
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PROCURADORIA).
RÉU: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO FUNAI, UNIÃO FEDERAL.

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra a **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI e a UNIÃO FEDERAL** objetivando, em antecipação de tutela, a declaração de “mora do Estado brasileiro na demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina e suspender os efeitos do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, determinando à FUNAI, com isso, que dê imediato prosseguimento ao processo de demarcação da TI Tereza Cristina, concluindo os trabalhos de identificação e delimitação da sua área, fazendo publicar o respectivo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação no prazo máximo de 60 (sessenta) dias; seguindo o processamento, resolvendo eventuais pendências e encaminhando o procedimento ao Ministério da Justiça; devendo, na sequência, a UNIÃO observar estritamente os prazos estabelecidos no Decreto n. 1.775/96, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”.

A inicial narra que a etnia Bororo ocupa tradicionalmente a área da TI Tereza Cristina, no Município de Santo Antônio do Leverger/MT. Atualmente, há processo administrativo de identificação e redefinição dos limites da TITC em trâmite junto à Funai, visando futura demarcação. Segundo o estudo antropológico presente no PA, os limites da TITC compreendem apenas parte do Território Tribal Bororo (porque a demarcação realizada em 1976 contemplou limites reduzidos da área tradicionalmente ocupada), nos Municípios de Rondonópolis/MT e Santo Antônio do Leverger/MT: 25.694 hectares dos reais 65.923ha.

O procedimento de demarcação teve sua Portaria anulada por julgamento do Superior Tribunal de Justiça e restou suspenso, determinando-se o retorno do processo administrativo à fase das publicações (art. 2º, § 7º do Decreto n. 1.775/96). Diante de suposta negociação administrativa entre um dos fazendeiros, a Funai e a comunidade indígena sobre parte das terras, o MPF recomendou à Funai a revisão de todo “o procedimento atinente à demarcação da TITC, a fim de recuperar o território anteriormente pertencente ao povo Bororo, sem prejuízo do que já estava demarcado.”, bem como a apuração de responsabilidade do administrador regional da Funai.

A Funai respondeu à recomendação (05/05/98) apontando que foi determinada a anulação dos estudos de identificação e delimitação da TITC, sendo necessária a realização de novos estudos. Em 28/09/01, os novos estudos ainda não haviam sido realizados. Em 04/2013 a Funai apresentou informações de que foram realizados os estudos de natureza etnohistórica, antropológica, ambiental e cartográfica necessários à identificação e delimitação da TITC e o respectivo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação estava em fase de elaboração.



Contudo, em 09/2017, a Funai reportou que o processo de identificação e redefinição dos limites da TITC se encontrava suspenso, apontando que “(a) o procedimento trata de ampliação de terra indígena já regularizada, o que é vedado pelo Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19.07.2017, que tornou vinculante a toda Administração Pública Federal o conteúdo do acórdão proferido no julgamento da PET 3388/RR, referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol; que (b) atualmente a Diretoria de Proteção Territorial está se organizando para analisar os procedimentos em curso que envolvem ampliação de terra indígena já demarcada no intuito de identificar a existência de vícios processuais no procedimento demarcatório anterior; e que (c) o já citado parecer da AGU traz, ainda, entendimento firmado pelo STF sobre o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração Pública possa rever seus atos, de maneira que a FUNAI aguarda orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do Parecer 001/AGU/2017, como é o caso da TI Tereza Cristina.”.

Sustenta a legitimidade passiva da União como integrante do procedimento demarcatório ao emitir o ato declaratório (por meio do Ministro da Justiça) do direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território nacional: a Portaria publicada no Diário Oficial da União, contendo seus limites e determinando a demarcação da TI. Alega que o Estado Brasileiro encontra-se em mora, no caso concreto, por ter ultrapassado o prazo quinquenal para demarcação, previsto no art. 67 do ADCT. Descreve que a versão preliminar do relatório circunstanciado de identificação e delimitação já se encontra pronta, faltando a etapa de estudos complementares de natureza fundiária e cartorial, considerando-se o que preceitua a Portaria n. 2498/MJ/2011. Ressalta que os estudos se iniciaram em data anterior à promulgação da Constituição e sustenta a aplicação dos prazos do processo administrativo de demarcação (Lei n. 6.001/73 e Decreto n. 1.775/96), que são especiais em relação aos previstos na Lei do Processo Administrativo (n. 9.784/99), transcrevendo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Aponta que a conduta omissiva das requeridas é flagrantemente inconstitucional (art. 37, caput, CF), por ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência; além de violação ao princípio da finalidade.

Ressalta que o ato reivindicado nesta ação é vinculado (e não discricionário), razão pela qual o objeto da inicial não interfere na conveniência e oportunidade afetas ao crivo do administrador. Lembra que não pretende que se decida de uma ou outra forma, apenas o impulsionamento do feito – que se encerre a etapa do procedimento administrativo e prossiga o feito até a declaração final (ou não), por portaria do Ministro da Justiça.

Acrescenta que a Diretoria de Proteção Territorial da Funai suspendeu o processo demarcatório para aguardar “orientações mais precisas de instâncias superiores sobre como encaminhar procedimentos já iniciados antes da edição do Parecer Normativo 001/2017 da AGU, como é o caso da TITC. Afirma que tal parecer, “a pretexto de estabelecer o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas, violou frontalmente a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tendo, mesmo assim, sido publicado em imprensa oficial e aprovado pelo Presidente da República.”. Com base nisso, a Funai se encontra aplicando o “marco temporal” às demarcações de TIs, mesmo as



iniciadas antes da CF e, ainda, mesmo em caso de revisão de limites. Entende que o marco temporal contraria o preceito constitucional da proporcionalidade e transcreve as principais críticas à condicionante do “marco temporal”. Cita o histórico das legislações garantidoras do direito dos indígenas aos seus territórios tradicionais e julgamento do STF utilizando como marco temporal a Constituição de 1934.

Alega que o Parecer em questão contraria a própria jurisprudência que o embasou e causa confusão dentro da Funai, “segundo a qual o parecer não explicita questões que deixam margem para obscuridades, dúvidas e omissões, tendo havido questionamentos por parte das Coordenações Gerais da Diretoria de Proteção Territorial-DPT, encaminhadas para Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, com o fito de esclarecê-las e dar orientações sobre como proceder”. Transcreve a ementa da Nota Técnica n. 02/2018-6CCR do MPF emitida após aprofundada análise do Parecer 001/2017 da AGU segundo a qual o entendimento do STF é no sentido de que as condicionantes estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol não gozam de eficácia vinculante, bem como que o Parecer Normativo não é meio cabível para inovação da ordem jurídica e perpetra interferência indevida em atividade eminentemente técnica (delimitação de terras tradicionalmente ocupadas), além de violar a Convenção n. 169 da OIT, tornando-se nulo de pleno direito. Conseqüentemente, o ato de suspender o processo de demarcação também padece dos mesmos vícios.

O mesmo órgão do MPF já se manifestara, anteriormente, em análise singular (Nota Técnica 07/2017-6CCR) apontando não ser “concebível admitir que norma infraconstitucional [Lei n. 9.784/99] tenha eficácia retroativa e neutralize a própria aplicação da Constituição da República”. Rejeita eventual invocação da “reserva do possível” e de falta de recursos orçamentários.

A Decisão de ID n. 6558199 determinou a oitiva dos representantes judiciais das entidades de direito público que suportarão o ônus da liminar, como determina o art. 2º da Lei n. 8.437/92.

Aportou manifestação da União de ID n. 6715569 alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir e a ausência de plausibilidade do direito em face da União (ao argumento de não haver mora ou ato ilegal imputado à União, entendendo se tratar de tutela inibitória puramente preventiva não admissível diante da inexistência de violação a princípio ou dispositivo normativo), pedindo a sua exclusão do polo passivo da demanda.

A Funai, por sua vez (ID 6765255) ratificou a defesa da União, sustentando que “pouco importa se os estudos foram iniciados anterior da promulgação da carta de 1988, o importante é não haver sido concluído anterior a observância de condições vinculativas procedimentais, impedindo, destarte, o seu prosseguimento pela Administração Pública.”. Acrescenta se tratar de ampliação da TI Tereza Cristina, que já é extensa; bem como que o Decreto n. 2.346/1997 implementa dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do STF.

O despacho de ID n. 6828322 determinou a intimação do autor a se manifestar sobre as preliminares antes da apreciação do pedido de antecipação da tutela, tendo o requerente cumprido em peça de ID n. 6861706.



Dela, destaco que *“justifica-se, também, o interesse de agir em face da UNIÃO no que diz respeito à tutela de urgência, posto que, muito embora os atos a serem praticados inicialmente sejam de atribuição da FUNAI e somente dela, o ato cujos efeitos devem ser afastados para que o procedimento possa desde logo prosseguir não é da FUNAI, mas da AGU.”*. Pontuou, ainda, que não se trata de ampliação, mas de revisão de limites da TI Tereza Cristina. O primeiro decorre de causas como o aumento demográfico, degradação ambiental da área ocupada, etc.; enquanto a revisão de limites visa à correção da demarcação original que se deu em área menor do que a do território tradicional (e, neste caso, especificamente, menor do que o território já destinado aos indígenas).

Vieram os autos conclusos. É o relato do necessário.

DECIDO.

Prevenção:

O Sistema Processual PJe apontou a possibilidade de prevenção com as ações civis públicas de ns. 1000123-47.2018.4.01.3310 e 1000305-06.2018.4.01.3901.

Além de não haver total identidade de partes, o objeto das ACPs é diverso – cada uma discute uma Terra Indígena diferente, situadas em locais distintos.

Rejeito, portanto, a prevenção.

Preliminarmente – Legitimidade, Falta de Interesse de Agir e Ausência de Plausibilidade do Direito em face da União.

A União sustenta não haver mora ou ato ilegal imputado a ela, entendendo se tratar de tutela inibitória puramente preventiva não admissível diante da inexistência de violação a princípio ou dispositivo normativo.

O MPF sustenta que o Parecer 001/2017 da AGU violou princípios constitucionais e dispositivo do ADCT. Além disso, pede seja afastada a aplicação do referido Parecer, devendo a AGU (União) defender o ato normativo que emitiu (e o Presidente da República homologou).

Quanto à mora, a perfectibilização da tutela depende, de forma mediata, de ato do Ministro da Justiça no sentido de emitir (ou não) a Portaria (ato declaratório). Imediatamente, a União não se encontra em mora, mas, afastada a mora da parte inicial do procedimento (e que compete à Funai), esta fatalmente alcançará a União, já que ela dará cumprimento ao Parecer 001/2017 da AGU, obstando a últimação do procedimento administrativo.



Eventual tutela (seja antecipatória, seja de mérito) concedida sem a participação da União resultaria em sua imediata frustração, não se prestando ao fim almejado com a presente ação. Nisso se resume, em essência, a legitimidade passiva da União, bem como o interesse de agir e plausibilidade do direito invocado pelo autor com relação a ela.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Tutela – FUNDAMENTAÇÃO.

Para concessão da tutela provisória de urgência, deve-se perquirir a respeito de seus pressupostos: (a) probabilidade do direito; (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e (c) inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300 do NCPC).

Numa análise condizente com os provimentos de cognição sumária, vejo presente a probabilidade do direito na fundamentação apresentada, conforme se demonstrará a seguir.

O pedido cinge-se ao prosseguimento do procedimento administrativo de demarcação de terra indígena. Ele restou obstado por ter a Funai dado cumprimento ao Parecer AGU n. 001/2017 que determinou a aplicação, a todo e qualquer procedimento demarcatório, dos elementos do Julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF.

A decisão do Supremo, com o máximo respeito, não é vinculante. Trata-se de um julgamento importante, um precedente, inclusive adotado por este Juízo em vários casos, como baliza, no julgamento de outros litígios que versam sobre terras indígenas, à medida do que a elas se aplica. Cuida-se de uma análise de caso concreto e não de uma proibição geral.

Eis o que fixado no Acórdão dos Embargos de Declaração na PET 3.388: “4. *A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.*” (grifei).

Ainda que ao Acórdão tivesse sido atribuído efeito Vinculante, a sua aplicação depende de manifestação do Juízo reconhecendo que o caso concreto se encaixa no julgado ou discernindo se há um *discriminem* que o aparte. Não pode, nem o Juízo, nem qualquer outro agente público, pura e simplesmente emitir um ato normativo (ou judicial) determinando a sua aplicação cega, engessada e geral a toda e qualquer demarcação de terras existentes, suspendendo-as.

A manifestação da Funai (ID n. 6765255) confirma que não há outros óbices ou fatos que justificaram a adoção da medida de suspensão do procedimento demarcatório da TI Tereza



Cristina, que se deu exclusivamente em cumprimento ao malsinado Parecer AGU 001/2017. Tal conduta restou admitida, ainda, por meio do Ofício n. 890/2017/DPT-FUNAI encaminhado ao MPF (ID n. 6521989, págs. 46-48).

É lícito (e recomendável) à administração aplicar os precedentes judiciais na análise dos casos concretos (ainda que não vinculantes), entretanto, isso deve se dar de forma justificada e bem fundamentada em cada caso, diante das peculiaridades concretas, por meio de Decisão específica emitida no respectivo processo administrativo, indicando o porque se aplica (ou não) o julgado.

O Precedente Raposa/Serra do Sol.

O julgamento, pelo STF, da PET n. 3.388-RR serviu de fonte para a emissão do Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU (ID n. 6522277) no tocante às “salvaguardas constitucionais” fixadas no Acórdão, “*em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no Acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração*”.

Na Ementa do Acórdão da PET 3.388, foram estabelecidos pressupostos (e não condições, como o relator distingue) aplicáveis a todos os processos relacionados à TI Raposa Serra do Sol, dentre elas:

*11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. **A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.** Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre*



elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. (...)

Em sua parte final, foram definidas “*as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: a) (...); r) **é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) (...).***”.

Nos Embargos de Declaração na PET 3.388-RR, o Relator explicou que “*as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos. (...) Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de stare decisis em vigor nos países do common law, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal. Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, ‘a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol’ (fl. 336). (...) Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízes e órgãos do Poder Público de forma geral. (...) o leading case não tem, aqui, as consequências vinculantes para os juízes (...) O precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada. (...) É apenas nesse sentido limitado que as condições indicadas no acórdão embargado produzem efeitos sobre futuros processos, tendo por objeto demarcações distintas. Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões. (...) a ponderação em abstrato feita pelo Tribunal não impede que outros juízes, diante dos elementos específicos de um caso concreto, cheguem a conclusões específicas diversas. (...)*”.

Destaca-se, ainda:



VI.5. Vedação à ampliação das áreas demarcadas

74. A condição r foi acolhida pela maioria do Tribunal, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto (Relator), Eros Grau e Cármen Lúcia. Prevaleceu a ideia de que a demarcação das terras indígenas não poderia permanecer em aberto, por acarretar consequências gravíssimas para terceiros – em particular a privação de direitos de propriedade sem indenização, ressalvadas apenas as benfeitorias de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). A questão comporta, contudo, três esclarecimentos.

75. Em primeiro lugar, afirmou-se que o instrumento da demarcação previsto no art. 231 da Constituição não pode ser empregado, em sede de revisão administrativa, para ampliar a terra indígena já reconhecida, submetendo todo o espaço adjacente a uma permanente situação de insegurança jurídica. Nada disso impede que a área sujeita a uso pelos índios seja aumentada por outros instrumentos previstos no Direito. Os próprios índios e suas comunidades podem adquirir imóveis, na forma da lei civil (Lei nº 6.001/73, arts. 32 e 33). Nessa qualidade, terão todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos meios negociais tradicionais (como a compra e venda ou a doação), seja pela desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV). (...)

76. Em segundo lugar, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O controle judicial, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da autotutela administrativa. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas “não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador” (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

77. **O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação.** A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de anular suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. (...)

78. Em terceiro lugar, e por fim, independentemente do que se observou acima, é vedado à União rever os atos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. (...)



O Parecer 001/2017 da AGU, ao final, consigna que:

(...)

Portanto, nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes condições:

(...)

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e

(...)

Em caso de acolhimento das presentes conclusões, este parecer poderá ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), a partir da data da sua publicação.

(...)

Procedimento Demarcatório.

O ponto central está na consideração do objeto do processo administrativo demarcatório em análise. Os réus entendem se tratar de **ampliação** da Terra Indígena já demarcada; enquanto o Autor sustenta estarmos diante de uma **redefinição** de limites fixados em 1976.

O Laudo Antropológico presente no inquérito civil que acompanha a inicial dá conta de que, em 1896, a antiga “Colônia Indígena Tereza Cristina” já havia sido delimitada pelo Marechal Cândido Rondon em parcela reduzida equivalente a 65.923 hectares pelo Governo Provincial. O Governo do Estado, sob a alegação de que a área da Colônia não tinha registro (não providenciado, até então, pelo SPI), emitiu títulos sobre suas terras. O SPI buscou judicialmente a anulação dos títulos. Sobreveio “solução administrativa” pela celebração de um “Convênio” expropriando as melhores terras da Colônia, restando apenas 30.000 ha, com a desistência da ação anulatória pelo Procurador da República em nome do SPI.



O procedimento foi ratificado pela Lei Estadual n. 2.630/66 e Decreto n. 64.018/69, que sequer anulou o título definitivo de propriedade incidente **“sobre o centro da área” da TI Tereza Cristina** (vide mapa de ID n. 6521898, pág. 14). Trata-se da Fazenda Santa Maria do Ibitinga, classificada como “a consequência mais absurda da concessão de títulos dominiais em fraude” e localizada na área de maior concentração de baías e lagoas piscosas exploradas pelos Bororo. Limitava, inclusive, o trânsito dos índios dentro da TI, no caminho que faziam de uma aldeia à outra.

Em processo de demarcação ultimado em 1976, foi reservada apenas a área de 25.694 ha aos índios Bororo (menos que a metade da extensão já reduzida identificada anteriormente) – ID 6521898.

O estudo antropológico (da década de 1990) descreve a contínua mobilização dos índios Bororo visando reaver suas terras “para simples sobrevivência e trabalho” desde a década de 60, apresentando relatos de Encontros Nacionais inclusive na década de 80, reuniões com a Funai e apresentação de encaminhamentos pela recuperação das Terras que constituem a Fazenda Santa Maria do Ibitinga para seu usufruto (esforço no sentido de preservar seus valores tradicionais e restabelecer a auto-suficiência local).

Em 1980, O Tribunal confirmou sentença desta Justiça Federal de Mato Grosso, reintegrando os Bororo na posse dos imóveis rurais denominados Fazenda Campina e Fazenda Pantanal. O entendimento foi mantido inclusive pelo STF; a reintegração de posse foi efetivada em maio/1994. Os índios conseguiram, em 1989, o cancelamento da Certidão Negativa de Presença Indígena n. 095/76, que fundamentou a concessão do registro das terras da Fazenda em questão Santa Maria do Ibitinga. O estudo descreve os limites territoriais da TI e sua efetiva utilização pelos Bororo.

Com base no estudo, foi publicada a Portaria n. 299/1996 declarando de posse permanente dos índios a Terra Indígena Tereza Cristina, passando a ter a extensão de 34.149 ha (ID n. 6521908, pág. 1), determinando-se a demarcação administrativa pela Funai, para posterior homologação. Entretanto, a demarcação foi suspensa pelo STJ que anulou a Portaria por desrespeito ao procedimento do Dec. 1.775/96 (ofensa ao contraditório e ampla defesa dos ocupantes não-índios – MS 4.693-DF).

O relatório de viagem de ID n. 6521908, pág. 3 e seguintes, de 11/1997, desmente as informações de que a Fazenda Sol Poente e Salto do Poente não seriam territórios tradicionais dos Bororo, bem como a alegação do Diretor de Assuntos Fundiários da Funai de que a indenização por aquelas terras traria altos custos. Verificou quase não haver benfeitorias (e as existentes são muito menores e inferiores ao que se acreditava presentes), bem como o Perito Antropólogo da Procuradoria da República pôde verificar que *“ao que tudo indica, tais benfeitorias não são de boa fé.”*

O documento supostamente emitido por liderança Bororo que contém contraditória declaração de que as terras supramencionadas não seriam tradicionais, mas tal chefia as trocaria por energia elétrica (!?) foi desmentido pelos Bororo, inclusive por um dos pretensos signatários, que afirmou desconhecer totalmente o documento.



Em 1998 foi determinada a anulação dos estudos de identificação e delimitação da TI, tornando-se necessário fazer novos. Em 2013 foi retomado o procedimento, mas ainda em 2016 não se encontrava concluído o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da TI.

Do que nos autos consta, verifico que a demarcação anterior, realizada em 1976, encontra-se eivada de vícios, justificando a anulação determinada. Os defeitos ferem frontalmente dispositivos constitucionais presentes tanto na Carta de 1934 quanto na atual (1988) ao passo que conferem a particulares áreas já reconhecidas anteriormente pelo Poder Público como de ocupação tradicional indígena. Os atos corrompidos devem ser revisados pela administração pública.

Constituição Federal de 1934:

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

Constituição Federal de 1988:

*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.

A ocupação tradicional dos Bororo sobre a área de terras denominada Fazenda Santa Maria do Ibitinga não é apenas observada pelo aspecto histórico-antropológico como também no plano geográfico. Tal Fazenda encontra-se inserida no centro das terras demarcadas, separando duas Aldeias Bororo. A região se destinava às atividades cotidianas e predominantes dos Bororo de caça, pesca e coleta e, ainda, para a realização de rituais religiosos que compreendiam o inter-relacionamento e trânsito dos habitantes das aldeias segregadas.

Isso torna ainda mais óbvios e reprováveis os verdadeiros objetivos daqueles que se encontravam no comando dos entes públicos responsáveis, em conluio com os particulares. Os princípios da moralidade e da finalidade do ato administrativo foram cabalmente violados.

Os Bororo foram vilipendiados, tiveram suas terras tradicionais usurpadas, mas delas não se desligaram. Conseguiram parte delas pela via Judicial, por meio da qual o magistrado analisou as provas produzidas e, oportunizando o contraditório e ampla defesa, concluiu que as fazendas pertenciam aos índios e não aos particulares. Além disso, tiveram êxito no desfazimento de documentos fraudulentos (como a certidão negativa de presença indígena).

No julgamento da Ação Civil Originária n. 362/MT, o STF assentou que “*somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram.*”.

Assim, diante de tudo o que aqui falado, vejo que não se desnaturou a ocupação tradicional dos Bororo sobre a integralidade das áreas que devem compor a TI Tereza Cristina (sonegadas pela demarcação de 1976 a ser revisada). A ocupação Bororo remonta desde antes de 1896, ou seja, é anterior tanto à CF/88, quanto à CF/34.

Na ACO n. 362 (julgada em 16/08/2017), foi reconhecido, ainda, que:

Desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas. (...)



A partir da Constituição de 1934, as constituições passaram a consagrar o direito dos grupos indígenas sobre os imóveis por eles ocupados e o próprio Supremo Tribunal Federal foi definindo que essas áreas de ocupação indígena são de propriedade da União, o que culminou na edição da Súmula 480: 'Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas.' (...)

Há, ainda, outro tópico a que faço questão de me referir, que é a alegação do Estado do Mato Grosso, também reforçada da tribuna, quanto à ocorrência de transferências de tribos, transferências para áreas do Parque do Xingu e para as outras áreas tratadas. Na verdade, para mim, não houve uma transferência voluntária, houve uma necessidade de, em determinado momento, proceder a uma adequação em virtude do verdadeiro esbulho que ocorreu no Estado do Mato Grosso: a transferência de áreas, a venda de áreas ilícitamente, a venda de uma área várias vezes maior. (...)

No voto que proferi no 'caso Raposa-Serra do Sol' (Pet n. 3.388, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe 24.9.2009), observei que, embora as Constituições brasileiras somente tenham cuidado, especificamente, do tema referente aos direitos dos indígenas desde 1934, a matéria foi objeto de legislação antes mesmo da formação do Estado brasileiro, como demonstra a lição de João Mendes Júnior em seu trabalho "Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos" (São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680 a origem do indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.

(...)

Como demonstrado pelo Ministro Ilmar Galvão naquela Ação Cível Originária n. 469, as terras de ocupação permanente dos indígenas não eram terras devolutas e não passaram a integrar o patrimônio dos Estados com a Constituição de 1891, passando a posse dos silvícolas a ser protegida constitucionalmente desde 1934.

Na Constituição da República de 1988 se fortaleceu, expressamente, a tutela do indigenato, (...).

O recente balizamento dos critérios de demarcação de terras indígenas, levado a efeito por este Supremo Tribunal no julgamento do denominado 'caso Raposa – Serra do Sol' (PET n. 3.388), Relator o Ministro Ayres Britto, não se contrapõe a esse entendimento. Discutia-se, naquele caso, a demarcação, em 2005, de terra indígena em Roraima. Ali não havia, portanto, implicações de direito intertemporal havidas na espécie.



Embora se tenha fixado a data da promulgação da Constituição da República de 1988 como marco temporal para o reconhecimento aos índios “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, reconheceu-se a necessidade de depuração da “continuidade suficiente da posse indígena”, no decorrer do tempo ser até o dia 5 de outubro de 1988:

(...)

Este é o cenário posto nos presentes autos, no qual a atual CF não exclui a tradicionalidade das terras dos Bororo (TI Tereza Cristina), havida desde muito antes da sua promulgação, das quais foram inconstitucionalmente retirados e para as quais continuam diligenciando retornar.

Há que se reconhecer, desse modo, que o processo administrativo demarcatório em análise tem por objetivo a redefinição de limites (e não ampliação) de TI, eis que a definição anterior foi anulada judicialmente. Aqui se encontra o *discriminem* que a Funai deveria ter realizado antes de simplesmente adotar o Parecer AGU 001/2007. O feito deve prosseguir o seu normal trâmite administrativo.

O processo administrativo em análise tem justamente o escopo de revisar os atos defeituosos (nulos). Contudo, o procedimento se arrasta a décadas, ferindo a determinação contida no art. 67 do ADCT da Constituição, que dita que “*A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.*”. Apesar de não haver penalidade por ultrapassar o citado prazo, não é razoável ou moral delongar mais de 20 anos no procedimento e, após tanto tempo, ainda determinar-se a sua suspensão sem Decisão fundamentada e específica indicando os elementos justificadores.

Resta configurada a mora dos réus.

Fica também patente que não se trata de simples ampliação de terra indígena, mas sim de algo totalmente diverso, que é a revisão da demarcação anterior sob o prisma de legalidade e constitucionalidade, para, a partir daí, se saber qual é o quinhão de terras a que os indígenas fazem jus. Isto coloca o caso totalmente à margem do julgamento feito na Reserva analisada no julgamento do STF e no parecer da AGU.

Prazo Decadencial.

A Portaria que instaura o procedimento demarcatório foi anulada pelo STJ em 1998. Assim, não estamos diante da aplicação do prazo decadencial quinquenal para a administração anular seus próprios atos.



Não houve, na espécie, decadência do direito/dever de a administração proceder à (re)definição dos limites da TI Tereza Cristina, pelo contrário, simplesmente ainda está em aberto o dever constitucional de demarcar, de nada valendo a ilegítima demarcação anterior.

DISPOSITIVO.

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela para reconhecer a mora do Estado brasileiro na demarcação da Terra Indígena Tereza Cristina e suspender os efeitos do Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU para este caso concreto, determinando à FUNAI que dê imediato prosseguimento ao processo de demarcação da TI Tereza Cristina (concluindo os trabalhos de identificação e delimitação da sua área, fazendo publicar o respectivo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação no prazo máximo de 60 dias; seguindo o processamento, resolvendo eventuais pendências e encaminhando o procedimento ao Ministério da Justiça); devendo, na sequência, a UNIÃO observar estritamente os prazos estabelecidos no Decreto n. 1.775/96, sob pena de multa a ser fixada e imposta pelo Juízo.

Citem-se e intmem-se, **com urgência**.

Os réus deverão, já na contestação, especificar as provas que pretendem produzir (art. 336, *in fine*, CPC).

Após, intime-se o Autor para especificar provas e impugnar a contestação, bem como ter vista dos documentos que nela sejam juntados.

Cuiabá, 15/08/2018 .

[assinado digitalmente]
CESAR AUGUSTO BEARSI
Juiz Federal da 3ª Vara/MT

