



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA VARA ÚNICA DA SUBSEÇÃO
JUDICIÁRIA DE TEIXEIRA DE FREITAS/BA**

INQUÉRITO CIVIL N. 1.14.001.000047/2001-10 e n. 1.14.001.000015/2004-59

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

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

em face das seguintes pessoas jurídicas de direito público

UNIÃO, pessoa jurídica jurídica de direito público interno, representada em Juízo pela Advocacia-Geral da União, com sede na Procuradoria Seccional da União em Ilhéus/BA, na Praça Cairu, s/n, Edf. Carlos Pereira Filho, Térreo, Centro, Ilhéus/BA, CEP 45.653-919;

FUNAI, Pessoa Jurídica de Direito Público, representada pela Procuradoria Federal especializada em Ilhéus, localizada na Av. Itabuna n. 1491, Edf. Gabriela Center, 1º Andar, Salas 101 a 108, Centro, CEP 45650-015 Ilhéus-BA

1. DOS FATOS

Os estudos relativos à identificação e delimitação da Terra Indígena Cahy/Pequi (Comexatibá) **tiveram início em 2006**, com a constituição de Grupo Técnico (GT) por meio da Portaria n. 1.455/PRES. Por meio das Portarias n. 178/PRES, de 21/03/2007, e n. 852/PRES, de 04/08/2007, foram constituídos grupos técnicos para elaboração de estudos complementares (levantamento ambiental, cartorial e fundiário necessários à identificação e delimitação da aludida Terra Indígena) .

A despeito de os estudos realizados apontarem para a tradicionalidade indígena da área a ser delimitada, o processo de regularização fundiária foi temporariamente suspenso no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal- CCAF/AGU, em virtude de discordâncias entre INCRA, ICMBio e FUNAI **decorrente da sobreposição da terra indígena em questão em Área de Proteção Ambiental Integral (Parque Nacional do Descobrimento) e projetos de assentamento de reformas agrárias do INCRA (PA Cumuruxatiba e PA Reunidas de Corumbau)- fls. 67/69, 88, 158/59, 178/180, 181, 182, 283/287, 317 e 327 do Inquérito Civil n. 1.14.001.000047/2001-10.**

Dos documentos de fls. 183/186 e 285/287 do Inquérito Civil n. 1.14.001.000047/2001-10, percebe-se algumas deliberações adotadas pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU- CCAF/AGU: a) Em reunião datada de 03.04.2013, o INCRA apresentou Relatório Final do Levantamento Ocupacional do Projeto de Assentamento Fazenda Cumuruxatiba, Prado/BA, bem como informou ainda estar pendente o Relatório de Levantamento Ocupacional do Projeto de Assentamento Reunidas Corumbau. Acordou-se, também, que o RCID elaborado pela FUNAI observaria as recomendações do ICMBio inclusas do Plano Manejo do Parque Nacional do Descobrimento (plano este ainda pendente de elaboração pelo órgão ambiental); b) em reunião datada de 01.09.2013, o ICMBio comprometeu-se a apresentar uma nota com os elementos a serem considerados no RCID elaborado pela FUNAI. O INCRA incumbiu-se, por sua vez, de apresentar o Levantamento Ocupacional do Projeto de Assentamento Reunidas de Corumbau. Já a FUNAI, ficou responsável em concluir o RCID após a apresentação do levantamento ocupacional do Projeto de Assentamento do PA Cumuruxatiba e da nota técnica do ICMBio; c) Em reunião ocorrida em 04.12.2013, constatou-se que ainda restava pendente a apresentação da versão preliminar do plano

de manejo pelo ICMBio e a realização de levantamento ocupacional pelo INCRA- fls. 283/287 do Inquérito Civil n. 1.14.001.000047/2001-10.

Embora tenha sido feita a previsão para entrega do Relatório Circunstanciado de Delimitação e Identificação (RCID) da TI Cahy/Pequi ainda no primeiro semestre de 2013 (fls. 88, 158/59, 178/180), somente após longas tratativas (dois anos praticamente), **em 27 de julho de 2015, foram aprovadas e publicadas no Diário Oficial da União, as conclusões do Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Comexatiba, por meio do Despacho do Presidente da FUNAI, em 22 de julho de 2015 (documento em anexo).**

Referido Relatório Circunstanciado da TI. COMEXITIBA reconheceu em favor de aproximadamente 732 (setecentos e trinta e duas) índios da etnia Pataxó, uma área de mais de 28 mil hectares de terras e perímetro aproximado de 129 km, distribuídas em cinco aldeias, a saber: Kaí, Pequi, Tibá, Taxá e Alegria Nova.

Sob o aspecto fundiário, o RCID da TI COMEXATIBA trouxe um diagnóstico sobre a ocupação territorial da região, **caracterizada pela sobreposição das terras indígenas ao Parque Nacional do Descobrimento (19,62%) e aos Projetos de Assentamento Rurais do INCRA- PA Reunidas de Corumbau (30,37%) e PA Fazenda Cumuruxatiba (93,95%), e pela presença de ocupações não indígenas representadas, em sua maioria, por imóveis rurais particulares, como se vê abaixo da transcrição de trecho do aludido Relatório de Circunstanciado:**

(...)LEVANTAMENTO FUNDIÁRIO: A Terra Indígena Comexatibá está localizada no Município de Prado, no Estado da Bahia. Segundo dados populacionais do IBGE (2010), vivem no referido Município aproximadamente 27.627 habitantes, em um território de aproximadamente 1.740,340 km². Além da sede municipal, o Município abrange, administrativamente, cinco povoados: Guarany, Palmares, Limeira, São Francisco e Corumbau, além do distrito denominado Vila de Comuruxatiba, a 32 quilômetros de distância da sede municipal, com cerca de 5.000 habitantes, criado pela Lei Estadual nº 234, de 05 de junho de 1898. O processo de colonização da região onde se localiza o Município de Prado teve origem com uma aldeia de índios que se estabeleceram, nos anos que antecederam 1755, na margem norte do Rio Jucuruçu. Em 1755, este primeiro agrupamento foi elevado à categoria de Vila por meio de Carta Régia. Em 1795, por força de Alvará Régio, a freguesia recebeu o nome de Nossa Senhor da Purificação do Prado. Ao ser desmembrada de Caravelas, adotou a denominação de Vila Nova de Prado e obteve foros de cidade pela Lei Estadual nº 129, de 02 de agosto de 1896. Nos séculos XVI e XVII, a região tornou-se alvo de consistentes investimentos na exploração e extração de pau-brasil e na agricultura cafeeira, empreendimentos que, contudo, não prosperaram. Nos séculos seguintes, os investimentos se voltaram para a

exploração de areia monazítica e madeira. Um importante personagem no histórico de colonização do Município do Prado foi o inglês Charles Frazer, que, no século XIX, pleiteou a concessão de seis léguas de extensão na costa. Nessa concessão constava Cumuruxatiba, onde já existia uma aldeia. A convivência com os Pataxó no local denominado Fazenda Caledônia (Cumuruxatiba) também foi registrada em carta enviada por Charles Frazer ao Governador da Bahia, onde relatava a situação de seu empreendimento na costa deserta, bem como seu projeto de “amansamento” e “pacificação” dos Pataxó. O norte-americano John Gordon, registrado nos dados da Vila de Prado, foi quem deu início à missão de pesquisar e adquirir terras na região, o que culminou na exploração da areia monazítica em Cumuruxatiba. Posteriormente, a região testemunhou o avanço do cacau e agropecuária, que se prolongou durante todo o século XX. Já no século XX, a exploração da madeira concentrou-se principalmente nas espécies que são utilizadas na fabricação de compensados. Com a presença das empresas Bralanda e Flonilbra, a exploração foi retomada e intensificada, seguida da implantação da monocultura do eucalipto, o que alterou radicalmente a ocupação territorial do interior e do litoral do extremo sul baiano. Nas últimas três décadas do século XX, a indústria do turismo ganhou força, fomentando a implantação de grandes polos turísticos, como é o caso de Porto Seguro. Esses polos passaram a atrair um grande contingente populacional, culminando em uma ocupação desordenada da costa litorânea do extremo sul baiano, principalmente após a pavimentação da BR 101, na década de 1970. Desse modo, atualmente, a pecuária, a agricultura, o extrativismo mineral, a pesca e o turismo são as principais atividades econômicas desenvolvidas no Município de Prado. **Nesse dinâmico contexto econômico, os conflitos entre índios e não-índios mantiveram-se constantes, como no aludido caso do “Fogo de 1951”, ocorrido na região da TI Barra Velha do Monte Pascoal e que impactou as relações em toda a região. A aceleração do processo de concentração de terras no final dos anos 1980 fomentou a articulação de movimentos de pequenos produtores rurais sem-terra, culminando na criação de projetos de assentamentos em área litorânea, ocasião em que diversas famílias Pataxó foram cadastradas junto ao Incra e assentadas como clientes da reforma agrária. Todavia, o modelo de ocupação territorial projetado para os projetos de assentamento não refletia as condições necessárias ao tradicional modo de uso e ocupação territorial indígena. Por meio dos estudos de natureza fundiária realizados pelo GT, constatou-se que foram recorrentes episódios de esbulho das terras tradicionalmente ocupadas pelos Pataxó, fundados em relações de confiança, caracterizados pela existência de documentos comprobatórios de compra e venda de terras mediante o pagamento de valores irrisórios. Acrescenta-se que o processo de esbulho territorial sofrido pelos Pataxós de Comexatibá está, em grande parte, relacionado ao processo de apropriação territorial e articulação política empreendido pela família Rodrigues. O GT cadastrou 78 ocupações não-indígenas, sendo que aproximadamente 50% dos ocupantes cadastrados não residem nos imóveis, ou possuem mais de um imóvel. Ressalta-se que, além dos imóveis cadastrados, é necessário considerar os moradores dos projetos**

de assentamento Reunidas Corumbau e Cumuruxatiba e o grupo familiar ligado ao MST instalado na localidade conhecida como Modelo, onde foi iniciado um projeto de assentamento que não prosperou. Neste último, foram cadastrados também 21 lotes sem edificações ou plantio significativo, sendo caracterizados como ocupações não-indígenas localizadas na TI Comexatibá. Ademais, a TI Comexatibá está parcialmente sobreposta ao Parque Nacional do Descobrimento. Por fim, esclarecimentos que foram cadastrados os ocupantes de toda área em estudo, ressaltando que a proposta de delimitação é definida após a conclusão e aprovação técnica dos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, cartográfica, fundiária e ambiental, o que torna possível que alguns ocupantes cadastrados não estejam inseridos na proposta final de delimitação da TI. **Outrossim, de acordo com o Decreto Presidencial 1775/96, qualquer interessado pode oferecer contestação administrativa ao presente procedimento no prazo regulamentar. Ressalta-se que o levantamento detalhado das benfeitorias, com vistas ao pagamento de indenizações na forma da lei, será realizado após a expedição da Portaria Declaratória de limites da TI Comexatibá.**(grifamos)

A morosidade do Poder Público na demarcação da Terra Indígena Comexatibá e a inércia das autarquias INCRA, ICMBio e FUNAI na busca de uma solução conciliatória para os diferentes interesses incidentes na área de ocupação tradicional indígena dos Povos Pataxós Cahy Pequi tem contribuído para a proliferação dos conflitos na região do extremo sul da Bahia, tendo em vista os acirramentos entre os índios e não índios (estes representados tanto pelos assentados dos Projetos de Assentamento PA Cumuruxatiba e PA Reunidas de Corumbau como pelos proprietários de imóveis rurais).

Nesse contexto, impende salientar as inúmeras ações de reintegração de posse já ajuizadas nesta Subseção Judiciária que possuem como objeto imóveis situados na terra indígena em questão. Dentre as ações possessórias já ajuizadas, podem ser citadas: 3903-42.2014.4.01.3313; 3904.27.2014.401.3313; 3906-94.2014.4.01.3313; 3908-64.2014.4.01.3313; 4491.49.2014.401.3313; 3211-77.2013.4.01.3313; 2784-80.2013.4.01.3313; 1546-55.2015.4.01.3313; 1547-0.2015.4.01.3313.

Em reunião realizada na Procuradoria da República em Teixeira de Freitas, no dia 31/07/2015, lideranças indígenas e representantes da FUNAI salientaram que as negociações no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU- CCAF/AGU não parecem surtir qualquer efeito conciliatório, de modo que representantes locais do ICMBIO e do INCRA estão empreendendo “verdadeira perseguição” aos indígenas da TI Comexatibá (fls. 373/375).

Às fls. 393/398, constata-se “carta aberta” encaminhada ao Ministério Público Federal pela comunidade Pataxó de Comuruxatiba, **relatando o grave risco de interrupção do direito à educação de mais de 500 alunos indígenas, entre 02 a 15 anos, das Escolas Estaduais**

Indigenas Kijetxawê Zabelê (criada pela Portaria n. 1181/2006) e Tanara Pataxó Pequí Gurita (criada em 2014, com o funcionamento ativo de 09 (nove) núcleos), tendo em vista a prolação de 4 (quatro) decisões reintegratórias de posse pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Teixeira de Freitas. De acordo com o documento, as áreas objeto das decisões liminares de reintegração de posse abrangeriam núcleos das escolas nas Aldeias Kaí (no Rio do Peixe Grande), Gurita, Mukujé e Tibá. A seguir, destaque-se trechos da referida “carta aberta”:

“No dia 29 de julho às 17h, o chefe do PARNA Sr. Geraldo, a polícia ambiental com três carros lotados com mais de 15 homens armados de metralhadora de alto calibre, rifle AR15 ignoraram as crianças nas escolas, constrangeram a moradora Edileuza Borges, ensaiaram prisões grosseiramente, gerando pânico na escola e na comunidade”- fl. 395 do Inquérito Civil n. 1.14.001.000047/2001-10..

Neste cenário, vale a pena citar a ação reintegratória de posse n. 2008.33.00.010077-5 ajuizada perante a Subseção Judiciária em Teixeira de Freitas, na qual o INCRA requer a expedição de liminar contra indígenas moradores de área inserida no PA Cumuruxatiba (Lotes 94 e 94-A).

Há, também, a ação reintegratória de posse n. 2006.33.10.002715-6/BA ajuizada pelo IBAMA perante o MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, visando à retomada da posse do Parque Nacional do Descobrimento, ocupado por indígenas. Em decisão proferida pelo Juízo *a quo*, foi determinada a extinção do processo sem resolução do mérito em relação à FUNAI e à União Federal, por ausência de interesse de agir, e julgado procedente o pedido reintegratório em relação aos indígenas. Contra referida decisão foi interposto recurso de apelação pela FUNAI, distribuído perante a 3ª Turma do TRF-1ª Região sob o número 0002715-04.2006.4.01.3310. Em decisão proferida na data de 10/04/2015, o TRF-1ª Região manteve a decisão reintegratória de posse expedida pelo MM Juízo de Eunápolis¹.

1 ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PARQUE NACIONAL DO DESCOBRIMENTO. INVASÃO POR INDÍGENAS. REQUISITOS DEMONSTRADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Ainda que não se caracterize o território como indígena, cabe à FUNAI a defesa da comunidade silvícola. Seu papel é abrangente, não se limitando à tutela dos territórios tradicionalmente ocupados por povos indígenas. 2. O Parque Nacional do Descobrimento, unidade de conservação de proteção integral, localizado no Município de Prado - BA, foi criado pelo Decreto de 20 de abril de 1999. A posse da área foi deferida ao IBAMA através da imissão provisória na posse expedida nos autos da Ação de Desapropriação 0003251-15.2006.4.01.3310. 3. Não há prova de que o imóvel encontra-se localizado em área indígena, devidamente demarcada e registrada, em conformidade com as prescrições legais e constitucionais - Carta Magna, art. 231; Lei 6.001/1973; Decreto 1.775/1996. A FUNAI sequer concluiu o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) 4. Estando comprovada a existência de posse anterior do ICMBIO, bem como o esbulho praticado pela comunidade indígena, têm o Instituto direito à reintegração de posse uma vez que não se trata de imóvel integrante de área indígena objeto de regular demarcação. 5. Ainda que se admitisse que o imóvel em discussão se enquadra na descrição do art. 231, §1º, da Constituição Federal, impõe-se reconhecer que o ordenamento jurídico pátrio não confere mecanismos de autotutela aos índios para reaverem a posse perdida há décadas sobre as terras que tradicionalmente ocupavam. 6. A demanda principal

Como se vê, o aumento no ajuizamento de ações reintegratórias de posse e a multiplicação dos conflitos sociais e fundiários decorrentes da morosidade do Poder Público na demarcação definitiva da Terra Indígena Comexatibá trazem a tona grave risco de lesão à segurança pública (com risco de morte), havendo necessidade, urgente, de intervenção do Poder Judiciário a fim de sanar referida omissão e ineficiência dos órgãos públicos envolvidos.

2 - DO DIREITO

2.1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça Federal é competente para julgar as causas que envolvam interesse da União, autarquia ou empresa pública federal, seja na condição de autora, ré ou terceiro interessado, e, ainda, causa envolvendo disputa sobre direitos indígenas, conforme preleciona o artigo 109, inciso I e XI, da Constituição Federal.

2.2 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dispõe o art. 127 da Constituição Federal ser o Ministério Público “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Com vistas a possibilitar o cumprimento de tal mister, asseverou a Carta Magna, em seu artigo 129, incisos II, III e V, ser função institucional do *Parquet* zelar pelos serviços de relevância pública, podendo promover ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, além de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Referidas funções restaram disciplinadas pelos artigos 5º, I e III, “e”, e 6º, VII, “c” e XI, da Lei Complementar nº 75/93, bem como pelo artigo 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85, que

se trava em torno da posse, reconhecida a turbacão pela instância ordinária. Ainda que venha a ser provado que a área tenha sido habitada por indígenas, circunstância em que o direito à posse seria deles, os meios de reclamar a reintegração devem ser aqueles previstos em lei. A invasão não pode ser convalidada pelo Judiciário. (STJ, AgRg na SLS 1318 / BA, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 06/06/2011RSTJ vol. 223 p. 34). 6. A posse permanente dos silvícolas em terras por eles habitadas acha-se sob a garantia constitucional (CF, artigos 231 e 232). Contudo, o assunto merece uma análise bastante criteriosa pelo fato de se tratar de um Parque Nacional, sendo necessário haver maior cautela na sua preservação, notadamente porque a área invadida, ainda não foi demarcada pela União como terra indígena. 7. O fato de se tratar de um Parque Nacional impõe maior cautela na sua preservação, notadamente porque a área invadida ainda não foi demarcada pela União como terra indígena, (...) (TRF1, AG 2000.01.00.003103-3 / BA; Rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Albernaz, Quinta Turma, DJ de 20/03/2006, p. 83). 8. Apelação da FUNAI parcialmente provida para mantê-la na lide. (TRF-1ª Região, AC 00027150420064013310, DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Terceira Turma, e-DJF1 DATA:10/04/2015 PAGINA:636)

dispuseram expressamente acerca da legitimidade ministerial para defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis. Assim, inegável a legitimidade do Ministério Público para o feito.

2.3. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição Federal estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelo índios constituem bens da União e que só a ela compete legislar sobre população indígenas (artigos 20, XI; e 22, XIV, da Carta da República). Transcreva-se, por oportuno, mencionadas disposições constitucionais:

Art. 20. São bens da União: [...]

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XIV - populações indígenas;

A Lei Fundamental também conferiu proteção às manifestações das culturas indígenas (artigo 215, § 1º), reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nesse sentido, 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.

O direito dos índios às suas terras é um direito constitucional fundamental. O fundamento jurídico e histórico do direito dos índios é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. As terras indígenas são bens públicos federais, sendo reconhecida a “posse” permanente e o “usufruto” exclusivo dos índios sobre elas, ficando a União como nua-proprietária (arts. 20, inc. XI, e 231, § 2º, CR).

Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, 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 a anterioridade em relação a outros direitos, até mesmo em relação 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 amesquinde 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. Atos, 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)

A “posse” e o “usufruto” dos índios sobre suas terras não se identificam com os institutos tradicionais civilistas, não se aplicando a eles a disciplina comum dos Direitos Reais do Código Civil e da proteção possessória do Código de Processo Civil. Trata-se de posse e usufruto tradicionais, institutos de Direito Constitucional, como bem fixou o Supremo Tribunal 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 ONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009)

A demarcação de terras indígenas é encarada pelo Supremo Tribunal Federal como “CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL”:

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009)

Observa-se, a partir dos mencionados textos constitucionais, que a Constituição assegura aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Tal regramento é ainda prescrito no art. 23 da Lei nº 6.001/73, que estabelece a definição de posse indígena:

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Outrossim, relativamente ao domínio das terras indígenas, a Carta Magna de 1988 asseverou sua inalienabilidade e a indisponibilidade, determinando, ademais, a imprescritibilidade dos direitos que sobre elas recaem (artigo 231, §4º).

Verifica-se, portanto, que, tratando-se de direito indigenista, a relação entre índio e a

terra não pode ser regida pelas normas do Código Civil, uma vez que extrapola a esfera privada, pois não é uma utilização para simples exploração, mas para a sobrevivência física e cultural. Assim, toda a área utilizada pelos índios em qualquer manifestação cultural, os locais de caça, pesca e cultivo, ou seja, todas as atividades de manutenção de sua organização social e econômica é que determinam a posse das terras.

Nesse sentido, estabelecem os artigos 13 e 14 da Convenção OIT nº 169, de 07/06/89, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 143, de 20/06/2002, abaixo transcrito:

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.

Observa-se, portanto, que o processo de demarcação é o meio administrativo para explicitar 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.

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. Tais atos vinculam-se ao caput do artigo 231, não podendo a União deixar de promovê-los.

Nesse sentido, constata-se que **as determinações legais existentes são *per se* suficientes para garantir o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, independentemente da sua demarcação física. Porém, a ação demarcatória é fundamental e urgente enquanto ato governamental de reconhecimento, objetivando definir a real extensão da posse indígena a fim de assegurar a proteção dos limites demarcados e permitir o encaminhamento da questão fundiária nacional.** Nestes termos:

“A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória” (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009).

No Encontro Continental dos Povos Indígenas ocorrido em 1990 em Quito, reconheceu-se que o direito ao território é uma demanda fundamental dos povos indígenas no continente americano.

Nesse mesmo sentido, a Carta Republicana de 1988 no cenário de proteção da diversidade cultural e reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, tomou como prioridade a demarcação desses territórios, fixando inclusive prazo para que a União concluísse os trabalhos. Leia-se o art. 67 das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 67. “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”

A necessidade do ato de demarcação de terras indígenas releva-se somente como meio de proteção física, haja vista que não se pode deixar de protegê-las juridicamente pelo fato de que ainda não houve a efetivação do ato de demarcação. Isto significa dizer que não há ato constitutivo de terra indígena. Destarte, a sua demarcação possui caráter declaratório, conforme estatuído pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001 de 19 de Dezembro de 1.973) em seu art. 25:

O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198 (o artigo que atualmente versa sobre a questão na Constituição vigente é o art. 231), da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Por conseguinte, a declaração das terras indígenas decorre do direito originário previsto na Constituição, possuindo o ato demarcatório efeito declaratório, isto é, o direito à terra dos índios é congênito, deve ser assegurado pelo Estado, independentemente de qualquer demarcação.

Além disso, devem-se considerar, por força do artigo 231, § 6, da CF/88, nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, *in verbis*:

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.

[...]

§ 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.

Destarte, pelo disposto no artigo transcrito, tem-se que **a partir da demarcação de terra indígena há a declaração de nulidade ou extinção de todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras declaradas de ocupação tradicional indígena.**

A respeito do tema, **vale a pena citar decisão proferida pelo Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, no pedido de Suspensão de Segurança n. 5049, no sentido da suspensão da sentença do Juízo Federal em Eunápolis (BA) que determinou a retirada de índios Tupinambá da Fazenda Timiquim, em Belmonte, no sul da Bahia, conforme se destaca *in verbis*:**

Trata-se de suspensão de segurança, ajuizada pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, contra decisão proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse que tramita na Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, 0003538-

75.2006.4.01.3310 (2006.33.10.003538-0) e no Cumprimento Provisório de Sentença 000290-61.2014.4.01.3310 que deferiu a reintegração de posse da Fazenda Timiquim de aproximadamente 66,5 hectares. Consta dos autos que foi prolatada sentença de parcial procedência na qual se determinou a saída imediata dos indígenas que compõe a Comunidade Indígena Tupinambá de Belmonte/BA. Contra essa decisão foi interposta apelação, recebida apenas no efeito devolutivo, motivo pelo qual se iniciou a fase provisória de cumprimento de sentença. Esclarece que a sentença foi prolatada em 2012, todavia a fase de cumprimento provisório da sentença foi instaurada no final de 2014 e, em 26 de junho de 2015, a requerente foi intimada da decisão judicial que ordenada a retirada dos índios no prazo de 10 dias, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no caso de descumprimento da ordem judicial. Destaca, também, que restou determinado à secretaria do juízo que, em caso de descumprimento, fosse providenciado força policial para auxiliar a retirada do povo indígena. Ademais, informa ter requerido pedido de suspensão perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, autuado sob o número 0020998-96.2015.4.01.000/BA, indeferido. Ante a urgência e a possibilidade de conflito na região, a requerente optou por distribuir novo pedido perante a Suprema Corte, indicando existir fundamento constitucional a autorizá-lo (art. 231 da CF). Indica, então, que a referida área foi reconhecida como terra indígena tradicionalmente ocupada, aguardando a análise técnica das impugnações apresentadas pelos interessados, para seguir o rito legal, encaminhando o processo de demarcação para análise do Ministro da Justiça. Aponta, também, que na referida área foi construída uma escola municipal, uma igreja e um posto de saúde, encontrando-se os índios há mais de 10 anos no local. Aduz, assim, existir risco de grave lesão à segurança pública ante o impendente risco de conflito social na região entre índios e não índios, com risco de morte.

(...) Examinando os autos, verifico a existência de risco de lesão à ordem e à segurança públicas. O temor do agravamento do conflito é, evidentemente, justificativa ponderável para o indeferimento da suspensão, tendo em vista a necessidade de preservar o estado de fato anterior ao esbulho alegado na ação de reintegração. **Ocorre, contudo, que, a retomada da posse também pode ser vista como fator de exacerbação da disputa, em especial quando o cumprimento da ordem judicial é acompanhado por força policial, eventualmente desnecessária, especialmente quando a decisão em apreço ainda for passível de modificação.** Neste sentido, a precocidade da decisão no processo relativos à área em litígio, a viabilidade da reintegração, bem como seus efeitos diretos e indiretos sobre a população envolvida, não parecem ter sido aspectos considerados pela autoridade judiciária. Vista sob esse ângulo, a questão do cumprimento provisório da sentença que determinou a reintegração possui ainda outra dimensão importante, uma vez que, na maioria das vezes, a expulsão dos ocupante não vem acompanhada de perspectivas de moradia digna. Parece-me que evitar a constante movimentação involuntária da população é providência tão importante quanto assegurar o devido cumprimento das decisões judiciais de

reintegração de posse. Não há falar que a suspensão deva ser interpretada como aceitação da invasão praticada pelos indígenas pelo Poder Judiciário, pois as medidas de contracautela objetivam mitigar os danos decorrentes do conflito instalado, evitando-se, desta forma, o risco de grave lesão ou seu agravamento até que seja certificado o trânsito em julgado da decisão cujos efeitos foram suspensos. Ademais, verifico que a inicial foi instruída com diversos documentos comprovadores do risco de grave lesão, a exemplo dos documentos eletrônicos 07 e 08, narrando conflitos onde foram queimadas moradias dos indígenas, em área em que vivem crianças, grávidas e idosos. Assim, entendo que está devidamente demonstrado o fundamento de aplicabilidade do instituto da suspensão, pois a decisão impugnada importa grave lesão à ordem pública e à segurança. Neste sentido SL 758- AgR. Isso posto, defiro o pedido para suspender os efeitos das decisões proferidas na ação de reintegração de posse que tramita na Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, 0003538-75.2006.4.01.3310 (2006.33.10.003538- 0), e no cumprimento provisório de sentença execução provisória da sentença, processo 000290-61.2014.4.01.3310, até o trânsito em julgado do processo. Comunique-se, com urgência, ao Presidente do Tribunal Regional da 1ª Região e ao juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA. (STF, SS 5049/BA, Publicação DJE- 04/08/2015)

2.4 DO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA E DE SEUS PRAZOS

As linhas-mestras do processo administrativo de demarcação das terras indígenas estão definidas na Lei nº 6001, de 19/12/1973 – Estatuto do Índio, bem como no Decreto nº 1775, de 08/01/1996. Legislação que atribui à FUNAI o papel de tomar iniciativa, orientar e executar a demarcação dessas terras, atividade que é executada pela Diretoria de Assuntos Fundiários (DAF).

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

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

Registre-se que o procedimento administrativo para a reserva de terras destinadas à

proteção de grupos indígenas, prevista no art. 26 da Lei nº 6.001/73, conta com rito diferente do aplicado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios estabelecido pelo Decreto nº 1.775/96.

Os critérios para se identificar e delimitar uma terra indígena, o que é realizado por um grupo de técnicos especializados, estão definidos no Decreto nº 1775/96 e na Portaria nº 16/MJ, de 09/01/1996, a qual estabelece “regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas”

O início do processo demarcatório se dá por meio da identificação e delimitação, quando é constituído um grupo técnico de trabalho, composto por técnicos da FUNAI. A comunidade indígena é envolvida diretamente em todas as subfases da identificação e delimitação da terra indígena a ser administrativamente reconhecida.

O grupo de técnicos faz os estudos e levantamentos em campo, centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis, para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada, resultado que servirá de base a todos os passos subsequentes.

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

Os estudos antropológicos e os complementares de natureza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário, deverão caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme os preceitos constitucionais, e apresentar elementos visando à concretização das fases subsequentes à regularização total da terra. É com base nestes estudos, que são aprovados pelo Presidente da FUNAI, que a área será declarada de ocupação tradicional do grupo indígena a que se refere, por ato do Ministro da Justiça – Portaria Declaratória publicada no Diário Oficial da União – reconhecendo-se, assim, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma determinada extensão do território brasileiro. Destaque-se o regramento estabelecido no Decreto nº 1.775/96, *verbis*:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio

quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação . § 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na Sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais

2.5 DA MORA DO ESTADO BRASILEIRO NA QUESTÃO DAS TERRAS E RESERVAS INDÍGENAS

Da análise do regramento acima exposto em conjunto com as disposições constitucionais aplicáveis, é possível extrair não apenas o valor peculiar dos territórios para os povos indígenas, como o dever estatal de demarcá-los de modo célere.

A Constituição é inequívoca! Primeiro, quando, de modo genérico, estabelece a duração razoável do processo como direito fundamental:

Art. 5. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

E, especificamente, no contexto de proteção da diversidade cultural e de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, quando prioriza a demarcação, fixando prazo para que a União conclua os trabalhos. Quanto a isto, leia-se o art. 67 das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

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 nº 1.775/96 traz o devido processo de demarcação, vinculado a avaliação técnica e seus respectivos prazos.

Deste modo, a eternização de qualquer processo de demarcação de terras indígenas dá-se à margem da legalidade. Neste contexto, além da necessária razoabilidade do processo como um todo: 1. o Estudo antropológico de identificação deve respeitar o prazo fixado na Portaria de nomeação do Perito; 2. após a apresentação de relatório circunstanciado pelo grupo técnico especializado à FUNAI, é de 15 dias o prazo para publicação da aprovação no Diário Oficial da União; 3. passados 90 dias da publicação do relatório resumido, a FUNAI teria 60 dias para encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça; 4. E, o Ministro da Justiça tem o prazo de 30 dias para manifestar sua decisão.

***In casu*, vê-se que já se ultrapassaram quase dez anos desde a constituição de Grupo Técnico pela FUNAI para a realização dos trabalhos de identificação e delimitação da TI Comexatiba, conforme Portaria n. 1445, de 30/11/2006- fl. 29 do IC n. 1.14.001.000047/2001-10. Ocorre que, mesmo após esse imenso lapso temporal, a publicação do RCID no Diário Oficial da União somente ocorreu em 27 de julho de 2015. Os conflitos sociais e fundiários se intensificam na região, aumento o ajuizamento das ações reintegratórias de posse, havendo, inclusive, possibilidade de decisões contraditórias. Tais fatos pode ser observados dos documentos de fls. 35/47, 107/137, 225, 253/259, 351/352, 373/402 do IC n. 1.14.001.000047/2001-10 e os documentos de fls. 07/08, 12/61, 71/74, 79/83, 186/188, 169/173,**

O caso trazido a análise é de grave omissão, a demandar a presença enérgica e célere do Poder Judiciário com a finalidade de assegurar a soberania da Constituição com a plena efetividade do seu conteúdo à etnia em questão. Salta aos olhos a mora estatal. Não bastasse isso, a FUNAI em momento algum justificou tamanha violação aos princípios norteadores do Direito Administrativo, notadamente o princípio da duração razoável do processo.

Ademais, a conduta mostra-se ilegal, ferindo, neste aspecto, não apenas o princípio correlato da legalidade, mas também os princípios da moralidade e da eficiência, pois o injustificado silêncio administrativo em lapso temporal tão dilatado estampa a inoperância estatal, a falta de lealdade para com os interessados e a inobservância dos princípios éticos que devem pautar toda a atuação de todo e qualquer agente público.

Note-se que o Ministério Público Federal, em momento algum, pretende ingressar no mérito administrativo, na conveniência e oportunidade afetas ao crivo tão-somente do administrador. E não o faz por duas razões. Primeiro, porque o ato ora reivindicado é vinculado, e não discricionário. **Com efeito, se o procedimento vem acompanhado de estudos antropológicos e históricos, 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 nº 1.775/96) **vincula** a desaprovação da demarcação “ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição”.

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

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

da doutrina, e a constatação de que a hipótese em testilha contempla um legítimo caso de silêncio administrativo (que é fato e não ato) nem por isso afasta o controle jurisdicional.

A esse respeito, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo razoável, o administrado poderá, conforme a hipótese, demandar judicialmente: a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha direito ao que pedir; isto é, se a Administração estava vinculada quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento da postulação; b) que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, se a Administração dispunha de discricção administrativa no caso, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão-somente isto.”*²

A irrazoabilidade do prazo já decorrido é evidente, desmerecendo ilações maiores. Destarte a inobservância das normas e regulamentos e a falta de zelo na conclusão do processo administrativo faz imperiosa a intervenção do Poder Judiciário, sob pena de a ilegalidade e inconstitucionalidade perpetuarem-se indefinidamente sem qualquer possibilidade de que reação por parte do cidadão administrado.

Hely Lopes Meirelles sustenta que a omissão administrativa que ofende direito individual ou coletivo dos administrados “sujeita-se à correição judicial e à reparação decorrente de sua inércia.” Ainda segundo o autor, “a inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, caracteriza, também, abuso de poder, que enseja correção judicial e indenização ao prejudicado.”³

O silêncio administrativo e a mora estatal são objetos desta Ação Civil Pública. Mas não são os únicos. Isso porque a atuação judicial seria demoradamente compartimentalizada a ponto de impedir o sucesso da pretensão no mundo dos fatos. Ou seja, o acolhimento do pedido implicaria a transposição de apenas uma fase do procedimento administrativo previsto no Decreto nº 1.775/96, mas não o encerraria por completo. Logo, considerando a desvalada intenção da FUNAI em não concluir o procedimento (repita-se, em claro menosprezo aos interesses e direitos postos em litígio), não é desarrazoado supor que o silêncio poderá restabelecer-se imediatamente na fase seguinte do iter procedimental.

²Curso de Direito Administrativo, 15ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 380.

³ NOTA DE RODAPÉ. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 110

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 coletiva 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. Sucede que a mora caracterizou o presente feito administrativo de demarcação, recomendando medida **inibitória** para que as omissões não se repitam, e os prazos – todos eles – sejam observados tanto pela FUNAI como pela União, quando tocar a esta manifestar-se no feito.

Com efeito, a mora estatal na presente demanda verificada constitui razão bastante para que o Poder Judiciário determine à União e à FUNAI que cumpram os prazos do art. 2º, parágrafos §8º, §9º e §10 do Decreto 1.775/96, em relação aos estudos da FUNAI no processo nº 08620.015374/2014-48 referente à demarcação da Terra Indígena Comexatibá (anteriormente denominada Cahy-Pequi)-obrigação de fazer.

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

“A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória”⁴

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, através do Ministro da Justiça, observe fielmente os prazos legais (notadamente art. 2,§10º do Decreto

⁴NOTA DE RODAPÉ. *Tutela Inibitória*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 27

1775/96) e conclua, assim, o procedimento que se arrasta por vários anos.

Entenda-se: sem a atuação da União o processo não se ultima. Logo, é aquela 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 Parquet Federal requer ordem para que a FUNAI observe fielmente os prazos descritos no art. 2º, parágrafos §8º e §9º do Decreto 1.775/96. Por fim, em caráter preventivo, requer que a União, através de seu Ministro da Justiça, igualmente cumpra o prazo estatuído no § 10º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/96, e, assim, conclua o processo administrativo de demarcação da terra indígena da etnia em questão.

A Jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** e a do **Tribunal Regional Federal da 1ª Região** são pacíficas quanto ao cabimento de provimento jurisdicional determinando ao Administrador Público o cumprimento de prazos razoáveis para conclusão de processos demarcatórios de terras indígenas.

O **Superior Tribunal de Justiça**, no processo demarcatório da Terra Indígena Guarani, considerou razoável a fixação judicial do prazo de 24 meses para realização de todo o processo demarcatório:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE.

(...)

2. O aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que **é possível a fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para que o Poder Executivo proceda à demarcação de todas as terras indígenas dos índios Guarani.**

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

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

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

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

(...)

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.

(...)

(REsp 1114012/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, **DJe 01/12/2009**)

Em se tratando de **etapas individualizadas do processo demarcatório** — e não de todo ele —, o **Superior Tribunal de Justiça** tem considerado razoável a fixação de prazos mais específicos (60 dias, no caso da Terra Indígena Mato Preto, para entrega de laudo antropológico, conforme **acórdão de 2012**):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. MULTA DIÁRIA IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE.**

1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra **decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), caso fosse descumprido o prazo de 60 (sessenta) dias para a entrega do estudo antropológico respeitante à identificação e à delimitação da Terra Indígena Mato Preto.**

2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária - astreintes - como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou para entrega de coisa. Precedentes: AgRg no Ag 1.352.318/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/2/2011; AgRg no AREsp 7.869/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2011; e AgRg no REsp 993.090/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/11/2010.

3. No caso sub examine, o Tribunal a quo, ao dar provimento parcial ao agravo de instrumento, para reduzir o valor da multa diária para R\$ 1.000,00 (um mil reais), asseverou que a ação originária "[...] foi ajuizada em junho de 2006, sem que, até o momento, tenha sido concluído o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto, única e exclusivamente em razão da mora da FUNAI, que recebeu inúmeras vezes a prorrogação de prazo para a conclusão do seu trabalho [...]" (fl. 168).

4. **Agravo regimental não provido.**

(AgRg no AREsp 23.782/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 23/03/2012)

O Tribunal Regional da 1ª Região também tem Jurisprudência pacificada quanto à fixação de prazos judiciais para a conclusão dos processos demarcatórios.

No caso da Terra Indígena Ponte de Pedra, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou adequada a fixação judicial do prazo de 1 ano para a concretização de todo o processo demarcatório, sob pena de multa de R\$ 100 mil por mês (acórdão de 2013):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEMARCAÇÃO DE ÁREA INDÍGENA DENOMINADA PONTE DE PEDRA EM MATO GROSSO. (...) 1.O objeto da presente ação civil pública é a outorga de provimento jurisdicional no sentido de que a área denominada "Ponte da Pedra", seja declarada, para todos os fins constitucionais, como terra indígena e, conseqüentemente, sejam declarados nulos todos os atos que ensejaram o processo de licenciamento do empreendimento UHE Ponte de Pedra. (...) 10. Diante da alta complexidade do processo de demarcação de área indígena, reputo elevada a multa cominatória estipulada na sentença - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por mês em caso de atraso por parte da FUNAI do prazo de 01 (um) ano fixado pelo juiz a quo. Reputo razoável o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês para a hipótese de descumprimento da sentença recorrida dentro do prazo que fora fixado pelo magistrado a quo. Sem honorários advocatícios, tendo em vista a natureza da presente ação e diante da circunstância de que não houve condenação nos ônus da sucumbência no tocante à União e a FUNAI. 11. Apelações da União e da FUNAI parcialmente providas. Apelações da ELMA ELETRICIDADE DE MATO GROSSO e do ESTADO DO MARANHÃO desprovidas.

(AC 0009796-51.1999.4.01.3600 / MT, Rel. JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.1500 de 21/06/2013)

No paradigmático caso da Terra Quilombola de Lagoa da Pedra, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou sentença do Juízo de Primeiro Grau e determinou a fixação do prazo de 30 meses para realização de todo o procedimento de demarcação e regularização fundiária. No acórdão, destacaram-se a **aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF)**, o direito à **razoável duração do processo** (art. 5º, LXXVIII, da CF) e a **ausência de discricionariedade do administrador** quanto ao dever de **demarcar as terras pertencentes a comunidades tradicionais (acórdão de 2012)**. As mesmas razões, naturalmente, aplicam-se às Terras Indígenas:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO CONDENAR A UNIÃO E INCRA CONCLUÍREM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO E TITULAÇÃO DE TERRAS OCUPADAS PELA COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBO LAGOA DA PEDRA EM ARRAIAS-TO. (...)

AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE POLÍTICA OU ADMINISTRATIVA QUANTO AO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE DIREITO CONFERIDO PELO CONSTITUINTE DE 1988 ÀS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ELAS NA DATA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. (...) FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO. 1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União e contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA para que os réus concluam o procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, marcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade quilombola de Lagoa da Pedra, em Arraias/TO. (...) 8. Mérito. Auto-aplicabilidade do art. 68 do ADCT e consequentemente constitucionalidade do Decreto 4.887/2003. (...) 9. A Constituição Federal assegura, no § 1º do art. 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...) 10. A efetivação do art. 68 do ADCT não depende de juízo político do Congresso Nacional nem está sujeita, no que tange ao direito consagrado pelo Constituinte de 1988, ao poder discricionário da Administração. (...) 11. A invocação do texto é o fundamento direto da direito, no caso em exame. **O procedimento de demarcação que o autor pede seja a Autarquia federal obrigada a executar não tem natureza constitutiva de direito, mas de certificação de limites.** (...) 16. Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, passando pelo reconhecimento pela Fundação Cultural Palmares, a Comunidade Lagoa da Pedra espera a titulação de suas terras, nos termos do que dispõe o art. 68 do ADCT e regulamenta o Decreto 4.887/2003. (...) A Comunidade Lagoa da Pedra em Arraias/TO está submetida ao processo de invasões e conflito com os fazendeiros locais, (...) 19. Não pode o administrado aguardar indefinidamente e sem qualquer expectativa futura de prazo razoável por ato da Administração. É nesse sentido a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1114012/SC, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 01/02/2009). (...) 21. **Apelação do MPF parcialmente provida.**

(AC 0015813-88.2009.4.01.4300 / TO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.345 de 07/11/2012)

No caso da Terra Indígena Kapotnhinore, o **Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou a conclusão do processo demarcatório nos prazos exatos do Decreto 1.775/96 (acórdão de 2012):**

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DELIMITAÇÃO DE ÁREA INDÍGENA. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS. DEVER DE DEMARCAR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 231. ADCT, ART. 67. ESTATUTO DO ÍNDIO, LEI 6001/73. DECRETO 1775/96. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, em sede de recurso em ação civil pública que objetiva a identificação e delimitação da Terra Indígena Kapotnhinore, da etnia Kayapó, deu provimento às apelações e à remessa para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na inicial. 2. **A FUNAI editou a Portaria nº 1.279, em 27 de setembro de 2004 com prazo máximo de 240 dias para a realização dos estudos necessários à identificação e delimitação da referida terra indígena e não há notícia nos autos do cumprimento de seus termos.** (...) 4. Apesar de o artigo 67 do ato das disposições constitucionais transitórias estabelecer que "a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da

Constituição", o dever de demarcar é prontamente exigível, até porque ele resulta de uma sucessão de atos a cargo de vários órgãos federais, impossíveis de serem executados na véspera de se completar o quinquênio. **A ré vem sendo contumaz na inadimplência dessa obrigação, pois a Lei 6.001/73, art. 65, conferiu o mesmo prazo, há muito escoado, para que o Executivo demarcasse a área.** Entendimento firmado por esta Corte na REO 96.01.08732-0/DF (Rel. Juiz Mário César Ribeiro, Rel. Convocada Juíza Selene Almeida, Quarta Turma, DJ p.558 de 15/10/1999). (...) 6. Embargos infringentes do Ministério Público Federal providos.

(EAC 0001453-26.2005.4.01.3901 / PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.330 de **22/05/2012**)

A sentença *a quo*, mantida pelo Tribunal, fixava os exatos prazos do Decreto 1.775/96 e determinava o seu rigoroso cumprimento pelo Administrador. Constou do dispositivo daquele provimento jurisdicional:

“para condenar a União e a FUNAI **a concluir o procedimento de identificação e delimitação da terra indígena Kapotnhinore nos prazos estabelecidos pelo Decreto n. 1.775/96** e na Portaria PRES 1249, de 27/09/04, sob pena de multa diária a ser estabelecida na fase de execução”.

(Vide relatório dos EAC 0001453-26.2005.4.01.3901 / PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.330 de **22/05/2012**)

No caso da Terra Indígena Awá-Guajá, o **Tribunal Regional Federal da 1ª Região** estabeleceu o prazo de 1 ano para conclusão do processo demarcatório e de desintrusão de não-índios, inclusive com remoção das pessoas não-índias e regularização fundiária (**acórdão de 2012**):

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.** GRUPO AWÁ-GUAJÁ. VALIDADE DA PORTARIA 373/92 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. REGULARIDADE DA PERÍCIA TOPOGRÁFICA E ANTROPOLÓGICA. PERITOS QUALIFICADOS. DECRETO 22/91. APELAÇÃO DE TERCEIROS ALEGADAMENTE PREJUDICADOS NÃO CONHECIDA. PERDA PARCIAL DO OBJETO DA DEMANDA NÃO CONFIGURADA. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO PRAZO JUDICIAL.** OCUPAÇÃO TRADICIONAL DE TERRA INDÍGENA. (...) III. A disciplina para o processo administrativo de demarcação de terras indígenas no Brasil é de competência da União e consiste numa série de atos correlatos. **Sendo certo que a demarcação não representa título de posse ou requisito de ocupação, uma vez que o pleno gozo dos índios sobre suas terras independe de qualquer ato administrativo.** (...) XIII. **O estabelecimento de prazo para cumprimento de decisão consistente em remoção de pessoas e desfazimento de construções em áreas demarcadas como terras indígenas deve ser temperado de razoabilidade a fim de evitar conflitos. Caso em que o prazo de 1 (um) ano, a contar da data de intimação deste acórdão, mostra-se suficiente para que sejam removidas as pessoas não índias e desfeitas as construções edificadas na área reservada ao grupo indígena Awá-Guajá.** (...) Determinação para que a UNIÃO e a FUNAI promovam o registro da área demarcada no cartório imobiliário e na Secretaria do Patrimônio do Ministério da Fazenda e, **no prazo de um ano, a contar da intimação deste julgado, a remoção das pessoas não-índias que se encontram no interior da terra demarcada, bem como o desfazimento das construções edificadas no perímetro da Portaria 373/92, além do cumprimento das demais determinações**

oriundas da sentença recorrida.

(AC 0003846-47.2002.4.01.3700 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.311 de 07/03/2012)

2.6. DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO OMISSIVO: DOS DANOS MORAIS COLETIVOS

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

Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“A ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado por danos daí decorrentes em agravo dos administrados”*⁵

Todavia, não se mostra suficiente para a ocorrência da responsabilidade estatal a simples relação entre ausência do serviço e dano ocorrido. Faz-se mister a culpa por negligência, imprudência, ou imperícia do serviço, ensejadores do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo⁶

A esse respeito, arremata Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando de direito devia sê-lo. Também não o socorre eventual

⁵ Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. 2002, p. 862

⁶ Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. 2002, p. 872

incúria em ajustar-se aos padrões devidos.⁷”

A doutrina citada reflete perfeitamente o caso em tela. Evidentemente, o Estado certamente atuou abaixo dos padrões mínimos de eficiência, consoante tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL, REPOSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA. FALTA DE SERVIÇO. CF, ART. 37, § 6º. I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência -, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta de serviço. II- A falta do serviço – ‘faute du service’ dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III- Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV- RE conhecido e não provido.” (STF, RE 372472, Ministro Relator Carlos Velloso. Julgamento: 04/11/2003)

Evidencia-se, no caso *sub judice*, o nexo de causalidade entre a ação omissiva do Estado e o dano à etnia Pataxó em questão, porquanto a omissão tem impedido o exercício pleno dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

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

Acerca do tema, convém transcrever a lição de XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO:

“A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e

7 Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. 2002, p. 87

significativas para a ordem e harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato) ”⁸.

Ainda, CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO conceitua o dano moral coletivo como:

“injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. (...) Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa) ”⁹. (grifos apostos)

Por sua vez, assim expõe ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:

“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 originase 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.¹⁰” (grifo apostado)

Nessa esteira, aliás, recentemente o Egrégio 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

⁸Dano Moral Coletivo. São Paulo, LTr, 2004, p. 134.

⁹Dano Moral Coletivo no atual contexto brasileiro. Revista de Direito do Consumidor n. 12. São Paulo. Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55.

¹⁰Ação Civil Pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, janmar, 1998, p. 82.

E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL – CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 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. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010) (grifo apostado)

Assim, não há dúvida da possibilidade de fixação de indenização no caso dos autos. 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***⁴, mediante a fixação de indenização pelos danos causados.

Trata-se, de fato, do caráter punitivo-preventivo que informa a responsabilização pelo dano moral coletivo, já que sua previsão não apenas objetiva compensar a coletividade, revertendo o valor pecuniário em favor de finalidade que a todos aproveita, como tem por fim punir aquele que, de forma ilícita, violou interesse metaindividual.¹¹

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, 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.

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

2.7 DA HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA PRESENÇA INDÍGENA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A presença de povos ou comunidades tradicionais em Unidades de Conservação federais é um dado concreto e comum a diversos estados do Brasil. A situação representa uma fonte frequente de intensos conflitos socioambientais, que juntamente com aqueles decorrentes da implantação de empreendimentos, abrem campo para soluções concretas que, embora juridicamente válidas, desafiam supostas interpretações verdadeiras estabelecidas e consolidadas ao longo do tempo pelo senso comum e pela administração pública.

No âmbito institucional, a crescente demanda apresentada por parte dos Membros, a partir das realidades locais, transformou o tema em prioridade debatida nos Encontros Nacionais da 4ª (meio ambiente e patrimônio cultural) e da 6ª CCR (populações indígenas e comunidades tradicionais), ocorridos em 2012.

A presença humana em espaços especialmente protegidos representa atualmente, para os gestores, os especialistas, os juristas, os atores sociais e, especialmente, para o Ministério Público Federal, o desafio de transformar conflitos em oportunidades.

Tais questões colocam em evidência e aparente contraposição dois blocos de valores considerados *patrimônio da humanidade* pelos sistemas universal e regional das normas do direito internacional dos direitos humanos, quais sejam: a proteção da diversidade biológica e da diversidade cultural. A sintonia entre os sistemas jurídicos internacional e nacional, nesse ponto, é maior do que faria crer uma interpretação singela. Portanto, mais do que simplesmente interpretar as normas enquanto um roteiro básico de regras, evoca-se a necessidade de compreendê-las em direção à prática.

A partir de tal perspectiva devem ser tomados os tratados internacionais sobre os direitos humanos que, por orientação predominante do Supremo Tribunal Federal, são detentores de força supralegal. Quando se trata de interpretar o direito estatal colocando em xeque o conjunto de

princípios ou obrigações expressos nas convenções e tratados internacionais e refletidos na constituição a discussão é ainda mais interessante. “*Um significado aparentemente claro da norma atesta apenas a hegemonia de uma interpretação específica*”, como afirmou Duprat¹².

Evocar a compreensão da norma para além da sua interpretação hegemônica é tarefa necessária que permite observar os deslizos semânticos e os equívocos de aplicação dos dispositivos da Lei nº 9985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação e que impõem restrições em desconformidade com os tratados internacionais de direitos humanos e com a constituição federal. Trata-se aqui, especialmente do artigo 42 e parágrafos da Lei nº 9.985/2000, que preveem, em qualquer caso, a realocação das populações tradicionais residentes em Unidades de Conservação “nas quais sua permanência não seja permitida”.

Antes de se analisar os fundamentos que norteiam a possibilidade de uma solução alternativa para esta controvérsia, convém destacar que o art. 42 da Lei do SNUC foi revogado pelo art. 16 da Convenção 169 da OIT, promulgada e vigente no direito brasileiro (com força de norma supralegal) pelo Decreto nº 5.501/04, veja-se:

Art. 16. Convenção 169 da OIT.

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transferidos das terras que ocupam.
2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. Sempre que possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. (grifou-se).

Com efeito, a solução jurídica vislumbrada para eventual colisão de direitos fundamentais, ora proposta e encampada, **é a realização de um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, de modo a se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, ou seja, o seu núcleo essencial, lembrando-se ainda de que “a interpretação jurídica é um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de**

121 Duprat, Deborah. 2007. Prefácio In: Shiraishi Neto, Joaquim (org.) Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional. Manaus: UEA. 224 p. (Documentos de bolso nº 1).

aceitabilidade geral”¹³.

A seguir, vale a pena destacar, em forma de tabela, os principais instrumentos normativos de proteção dos dois direitos fundamentais ora tratados, quais sejam: diversidade biológica e da diversidade cultural. Vejamos:

Bloco de valores de direitos humanos designados sob a ordem da proteção da diversidade biológica :	Bloco de valores de direitos humanos designados sob a ordem da proteção da diversidade cultural :
<u>No âmbito do sistema jurídico internacional:</u> • A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural; • A Convenção da Diversidade Biológica que, já no seu preâmbulo, ressalta “o valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes”, bem como a “importância da diversidade biológica para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera”, manifestando preocupação “com a sensível redução da diversidade biológica causada por determinadas atividades humanas” e “que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas	<u>No âmbito do sistema jurídico internacional:</u> Além das Convenções e Declarações editadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA), também as seguintes do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU): • A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural que, no artigo 4, proclama que a “defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”; • A Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que afirma, no item 6 do artigo 2º, a diversidade cultural como uma “grande riqueza para os indivíduos e as sociedades”, sendo a “proteção,

13 MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209-211.

da sensível redução ou perda da diversidade biológica”, assim como de que “ fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação in situ dos ecossistemas e dos habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio natural”, entre outros fatores. Em seu artigo 8, j, a mesma Convenção garante a preservação do conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. <u>Sistema jurídico interno:</u> • a Constituição Federal de 1988, no artigo 225; • a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; • a Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. • o Decreto nº 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, baseada em princípios que preveem a compatibilização de direitos, como afirmado no artigo 2º, XII: a manutenção da diversidade cultural nacional é importante para a pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira; • o Decreto nº 5.758/2006, que institui o Plano	promoção e manutenção da diversidade cultural [uma] condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras”; • A Convenção nº 169/89 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, que reconhece, junto com os povos indígenas, outros grupos cujas condições sociais, econômicas e culturais os distinguem de outros setores da coletividade nacional, arrolando para todos direitos específicos; • A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que, em seu preâmbulo, afirma “que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade”. <u>Sistema jurídico interno:</u> • A Constituição Federal de 1988 que, no artigo 215, determina que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”. E, no artigo 216, I e II, inclui como sinais distintivos da identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, suas “ formas de expressão” e seus “modos de criar, fazer e viver”; • O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que obriga o Estado a reconhecer a propriedade das terras ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos; • O Decreto nº 4.887, de 20/11/2003,
---	---

Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP).	que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos; • O Decreto nº 6.040, de 7/2/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (abrangendo comunidades extrativistas, ribeirinhas, ciganos etc.), sustentada no tripé cultura/identidade/territorialidade
--	---

Embora possa ser discutida a eficiência das soluções expressas no sistema normativo interno para o enfrentamento dos conflitos em casos concretos envolvendo Unidades de Conservação e povos tradicionais, elas existem. Vejamos.

O art. 57 da Lei nº 9.985/2000, que trata da sobreposição de terras indígenas e Unidades de Conservação, prevê a criação de grupos de trabalho para “propor as diretrizes [...] com vistas à regularização das [...] sobreposições” (grifo nosso), garantida a participação das comunidades envolvidas.

O art. 11 do Decreto nº 4.887/2003, que dispõe sobre o processo de demarcação de terras quilombolas, convida as diversas instituições envolvidas (Incra, Ibama, Funai, FCP) a tomar **“as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado”**; o art. 6º, por sua vez, assegura aos quilombolas a **“participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes”** (grifo nosso).

No Decreto nº 5.758/2006, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), destaca, entre os objetivos específicos, **“solucionar os conflitos decorrentes de sobreposição das unidades de conservação com terras indígenas e terras quilombolas”**. O mesmo Decreto contempla como estratégia **“definir e acordar critérios, em conjunto com os órgãos competentes e segmentos sociais envolvidos, para identificação das áreas de sobreposição das unidades de conservação com as terras indígenas e terras quilombolas,**

propondo soluções para conflitos decorrentes desta sobreposição”. Prevê, ainda, como estratégia **“apoiar a participação efetiva dos representantes das comunidades locais, quilombolas e povos indígenas nas reuniões dos conselhos das Unidades de Conservação”** (grifo nosso).

O art. 3º, inciso II, do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define como objetivos específicos **“solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável”** (grifo nosso).

O Decreto nº 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, traz como objetivos específicos do Componente 2 – Conservação da Biodiversidade **“11.2.8. promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de unidades de conservação, terras indígenas e de quilombolas”** (grifo nosso).

É importante salientar que a Política Nacional da Biodiversidade prevê, entre os objetivos específicos, desenvolver e implementar plano de ação para a solução dos conflitos devidos à sobreposição entre áreas protegidas e terras indígenas e quilombolas.

Essa proposta é substancialmente distinta do que foi expresso no art. 42 da Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). O art. 42 prevê a realocação das “populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua presença não seja permitida”, com indenização ou compensação pelas benfeitorias existentes.

A partir do tratamento conferido ao conflito pela Política Nacional da Biodiversidade, observa-se uma mudança de paradigma a ser reconhecida e operacionalizada pelos gestores de áreas protegidas (conforme Informação Técnica nº 17/2009 da 4ª CCR/MPF). Um conjunto de pesquisas realizadas nas mais diversas áreas do conhecimento tem demonstrado a viabilidade e o interesse em proteger e manter esses povos nos seus territórios tradicionais, mesmo quando inseridos em Unidades de Conservação de Proteção Integral.

Com base na Convenção nº 169 da OIT, vejamos a situação dos povos indígenas segundo o ordenamento jurídico brasileiro: de acordo com o artigo 231 da Constituição Federal (CF) e parágrafos, são detentores de direitos originários, não sendo passíveis de desapropriação as terras que ocupam por pertencerem à União. Não se espera, pois, que eventual Unidade de Conservação incidente nas terras ocupadas por povos indígenas venha a extinguir as formas como

tradicionalmente a utilizam e aos recursos naturais disponíveis. No entanto, é possível prever pactos e ações por meio dos quais se regule de modo planejado o uso dos recursos naturais. Os planos de gestão territorial demandados por povos indígenas têm sido cada vez mais frequentes na tentativa de gerir e proteger os ambientes relacionados a esses grupos¹⁴. Muitos deles compartilham a constatação de que a sua continuidade como povo está a depender também da integridade ambiental das terras ocupadas, a qual constitui critério fundamental para a definição de saúde, dignidade e bem-estar de seus membros.

Neste cenário, a dupla afetação¹⁵ surge como uma solução passível de ser aplicada no âmbito da ponderação de interesses tratada nesta ação civil pública. Nos casos em que se mostre possível a harmonização dos direitos constitucionais dos índios e outros povos tradicionais, a preservação do meio ambiente e a proteção da diversidade étnica e cultural, **a administração dos espaços ambientalmente protegidos, em razão da dupla afetação, deverá obedecer a um plano de administração conjunta ou de gestão compartilhada** (entre Comunidade Tradicional, Funai, Ibama, ICMBio, Incra etc.), **respeitada a Convenção nº 169 da OIT, especialmente quanto à necessidade da consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais residentes na respectiva unidade de conservação.**

A possibilidade de efetivação da gestão compartilhada de espaços protegidos, aqui referida como dupla afetação, emerge de uma leitura integrada dos direitos socioambientais, não como o resultado da soma linear dos direitos sociais e ambientais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mas como exercício criativo e possível de uma solução justa, tolerante e respeitosa para conflitos potencialmente graves caso eternizados de maneira infrutífera por posições polarizadas.

A dupla afetação, portanto, é uma forma de designar a destinação de um determinado bem a mais de uma finalidade de interesse público, visando sobretudo a harmonização dos direitos constitucionais dos povos indígenas e outras comunidades

14 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas>>.

15 A afetação é definida no âmbito do direito administrativo como o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da administração pública (CARVALHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2010). No caso de territórios tradicionais, a primeira destinação pública específica seria o usufruto da terra e dos recursos nela existentes como garantia da reprodução física e cultural das comunidades. Em se tratando especificamente dos povos indígenas, o usufruto dos recursos seria exclusivo e a terra, pertencente à União, inalienável e indisponível. Em comum com os outros povos e comunidades tradicionais, os territórios ocupados, além de essenciais a sua constituição identitária, partilhariam de uma segunda finalidade pública, qual seja, a de proteção do meio ambiente, destinações estas perfeitamente compatíveis, aliás. Assim, esses espaços poderiam ser definidos como áreas protegidas tanto por se configurarem importantes para a manutenção da qualidade de vida e dos direitos identitários desses grupos como para a proteção da biodiversidade. Também pode-se afirmar com segurança que, tanto no caso dos povos indígenas quanto em relação às comunidades quilombolas, a própria Constituição Federal procedeu à afetação de seus respectivos territórios a uma finalidade pública de máxima relevância, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais de minorias étnicas vulneráveis associada à proteção do patrimônio histórico-cultural do país

tradicionais – também associada à proteção do patrimônio histórico e cultural do país – com a proteção do meio ambiente e conservação da diversidade biológica.

Nestes termos, o regime de dupla afetação pressupõe uma administração conjunta do território ou bem destinado para que produza os efeitos esperados, razão pela qual as comunidades tradicionais interessadas bem como as instituições competentes deverão elaborar um Plano de Administração Conjunta do bem em questão, visando a compatibilização dos direitos fundamentais em jogo, observada a Convenção nº 169 da OIT no tocante à necessidade de proceder-se à consulta livre, prévia e informada dos povos tradicionais em todas as fases do processo.

Como exemplo, podemos citar o PARNA do Monte Roraima (criado em 1989) totalmente incidente sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Em razão dessa sobreposição, o decreto que homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena, pela primeira vez, menciona o duplo caráter de proteção a que está submetido, nos seguintes termos: “o Parque Nacional do Monte Roraima é bem público da União submetido a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios” (Decreto Presidencial s/n de 15/4/2005, DOU de 18/4/2005)¹⁶.

Vê-se, portanto, ser possível a aplicação da dupla afetação no caso em exame, de modo a conciliar-se os direitos advindos da proteção aos povos indígenas da TI Comexatiba e a proteção ambiental da área do Parque Nacional do Descobrimento coincidente com a as terras de ocupação tradicional de tais povos. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU deverá, deste modo, observar a possibilidade de efetivação da gestão compartilhada em comento.

2.8 DEVER DE O PODER PÚBLICO EFETIVAR O REASSENTAMENTO E A INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS EMPREGADAS

O Decreto n. 1.775/96, em seu artigo 4º, estabelece o dever de o Poder Público, através do órgão fundiário federal (INCRA), efetivar o reassentamento de população não-indígena ocupante de área sob demarcação:

¹⁶Estabelece também um arranjo institucional de gestão compartilhada para a sua administração: “o Parque Nacional será administrado em conjunto pela FUNAI, IBAMA (ICMBio), e pela Comunidade Indígena Ingarikó. O Ministério da Justiça e o Ministério do Meio Ambiente, ouvidos a FUNAI, o IBAMA (ICMBio), e a Comunidade Indígena Ingarikó, apresentarão, para homologação do Presidente da República, plano de administração conjunta do bem público referido no caput” (Decreto Presidencial s/n de 15/4/2005, DOU de 18/4/2005)

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Note-se que a disposição regulamentar em comento emprega genericamente o termo não-índios, não estabelecendo, deste modo, qualquer distinção de quem seriam estes: se “parceleiros” de antigo projeto de reassentamento, se habitantes de reserva extrativista ou quaisquer outros.

Desta feita, havendo a subsunção ao termo empregado de forma genérica (não-índios), avulta-se o dever de o Poder Público efetivar o reassentamento da população em questão.

Não é outro o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA INDÍGENA PANKARARU. LEGITIMIDADE DA FUNAI, DO INCRA E DA UNIÃO PARA FIGURAREM NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. REASSENTAMENTO DOS POSSEIROS. RESPONSABILIDADE DO INCRA. INDENIZAÇÃO DOS POSSEIROS DE BOA-FÉ; ARTIGO 231, § 6º DA CF/88.

I. A reserva indígena Pankararu deverá ser desocupada dos "não índios" pela FUNAI e União, cabendo ao INCRA reassentar os posseiros obrigados a sair da área.

II. Tratando-se de área indígena, a União e a FUNAI são solidariamente responsáveis pela proteção destas, conforme artigos 20, XI e 231 da Carta Magna.

III. É incontestável a responsabilidade do INCRA em promover o assentamento dos posseiros que deverão desocupar a área indígena por força de sentença. Lei 6.958/81 e Decreto 1.775/96.

[...] (Apelação Cível n. 344734-PE, Rel. Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI, julgado em 13/09/2005).

Além da efetivação do reassentamento da população não-indígena, incumbirá também ao Estado a indenização pelas suas benfeitorias realizadas, visto que o artigo 231, § 6, da Constituição Federal, estabelece 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.

[...]

§ 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 dis-

puser 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.**

Como se pode constatar da leitura do parágrafo transcrito, a nulidade e a extinção de atos (ou institutos) que tenham por objeto a ocupação, o domínio ou a posse de terras indígenas não obstam o dever de o Estado indenizar as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

O conceito do que vem a ser posse de boa-fé é explicitado no artigo 1.201 do Código Civil de 2002:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Ainda, segundo o mesmo Código, a posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1.202).

Para se aferir se o indivíduo tem (ou não) consciência dos vícios de sua posse, o referencial utilizado é o discernimento do homem médio. Essa noção determina que a pessoa tenha o necessário discernimento do exercício lícito da posse de acordo com o esperado do homem comum.

3. DO PEDIDO LIMINAR

A Lei nº 7.347/85 previu o deferimento de pedido liminar em ação civil pública, em casos de demonstração do fumus boni juris e de periculum in mora, nos termos dos arts. 11 e 12 daquela lei:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, **o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.**

Art. 12. Poderá **o juiz conceder mandado liminar**, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. (grifos nossos)

Nessa linha, o Código de Processo Civil também prevê a concessão de tutela liminar em ações que tenham por objeto obrigação de fazer, nos termos do art. 461, §§ 3º e 4º, do CPC:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Em termos mais gerais, o art. 273 do CPC prevê a antecipação dos efeitos da tutela em caso de demonstração da verossimilhança das alegações e do perigo de dano grave e irreparável ou de difícil reparação:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso dos autos, a tutela pretendida **é a determinação para que a União e FUNAI cumpram os prazos do art. 2º, parágrafos §8º, §9º e §10 do Decreto 1.775/96**, em relação aos estudos da FUNAI no processo nº 08620.015374/2014-48 referente à demarcação da Terra Indígena Comexatibá (anteriormente denominada Cahy-Pequi)-obrigação de fazer, de modo que **a manifestação conclusiva e definitiva da União, na pessoa do Ministro da Justiça, ocorra no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias (soma dos prazos previstos nos dispositivos anteriormente mencionados)**.

A verossimilhança das alegações está demonstrada pelo capítulo 1 desta petição inicial e pelo amplo lastro probatório anexo, notadamente pelas fls. 35/47, 107/137, 225, 253/259, 351/352, 373/402 do IC n. 1.14.001.000047/2001-10 e os documentos de fls. 07/08, 2/61, 71/74, 79/83, 186/188, 169/173, 211/213, 345/430, 467/494 do IC n. 1.14.001.000015/2004-59. Já se passaram quase dez anos desde o início dos trabalhos de estudos para delimitação e identificação da Terra Indígena Comexatiba, não sendo mais cabível se aguardar indefinidamente a demarcação definitiva da referida área indígena, sobretudo quando se verifica o aumento dos conflitos sociais (com risco iminente de morte).

Não se pode negar o dano irreparável (perigo de grave dano) que a falta de prestação dos referidos direitos causa. Percebe-se que a TI Comextiba é fonte de grande instabilidade social, vale dizer, fruto da omissão e lentidão do próprio Poder Público em respeitar os direitos fundamentais envolvidos na demarcação das terras e no reassentamento dos não-índios que há muito vivem na área. Por isso, é urgente a definição da situação por parte da União e Funai, decidindo se a área em questão é de, fato, indígena (demarcando-a definitivamente) e, se for o caso, viabilizando o pagamento das indenizações e a concretização dos reassentamentos.

A insegurança jurídica estabelecida, somada à morosidade dos órgãos envolvidos no processo de demarcação e reassentamento, revela a necessidade de uma rápida tutela jurisdicional, apta a ensejar a pacificação dos conflitos.

Com efeito, a negativa do presente pedido liminar pelo Poder Judiciário daria azo à continuidade da omissão pelos órgãos envolvidos (União e FUNAI), colaborando para o clima de violência na região, com possibilidade de enfrentamento armado de grandes proporções e chacina de índios e não índios.

Finalmente, não podemos deixar de registrar que o deferimento da liminar em comento significará medida adequada à solução concreta da inércia administrativa, porquanto a União, se passar a ser onerada pela permanência da situação dos não-indígenas na área sobreposta, tenderá a, naturalmente, acelerar o processo de reassentamento dos não-índios, a indenização das benfeitorias por esses empregadas e a reparação dos danos morais, resolvendo, definitivamente, a situação de conflituosidade que os envolve.

4. DOS PEDIDOS

Em razão de todo o exposto, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**:

A) o provimento do **pedido liminar**, para determinar à União e à FUNAI que **cumpram os prazos do art. 2º, parágrafos §8º, §9º e §10 do Decreto 1.775/96**, em relação aos estudos da FUNAI no processo nº 08620.015374/2014-48 referente à demarcação da Terra Indígena Comexatibá (anteriormente denominada Cahy-Pequi)-obrigação de fazer, de modo que **a manifestação conclusiva e definitiva da União, na pessoa do Ministro da Justiça, ocorra no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias (resultado da soma dos prazos descritos nos dispositivos mencionados anteriormente)**;

B) a citação das demandadas, nas pessoas de seus representantes legais, para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final sentença, sob

pena de revelia e confissão;

C) ordem para que a **FUNAI observe e cumpra os prazos previstos no artigo 2º, §§ 8º e 9º do Decreto nº 1.775/96**, encaminhando, destarte, o processo administrativo ao Ministro de Estado da Justiça;

D) ordem, em caráter preventivo, para que a **União, através de seu Ministro da Justiça, encerre o processo administrativo, decidindo-o no prazo legal de 30 (trinta) dias**, contados a partir do recebimento dos autos administrativos, conforme prevê o artigo 2º, § 10, do Decreto nº 1.775/96;

E) condenação da UNIÃO e da FUNAI ao pagamento de indenização a título de danos morais coletivos, em valor não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sendo o montante da indenização revertido em investimentos diretos em políticas públicas destinadas aos indígenas pertencentes à etnia Pataxós ocupantes da Terra Indígena Comexatibá (anteriormente denominada Cahy Pequi);

F) a fixação de astreintes como meio de coerção indireta para assegurar a eficácia e cumprimento da decisão judicial;

G) a destinação do eventual produto da aplicação das multas diárias ao fundo a que se refere o artigo 13 da Lei nº 7.347/85, com vinculação a investimentos na área de educação e saúde da Terra Indígena Comexatiba;

H) ao final, a confirmação da liminar deferida e o julgamento de procedência dos pedidos, ordenando às rés que concluem o processo administrativo de demarcação e delimitação das terras, conforme relatório respectivo **e dentro dos prazos legais**, condenando aquelas aos ônus sucumbenciais;

I) por fim, a dispensa do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em vista do disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

J) a juntada dos inquéritos civis públicos n. 1.14.001.000047/2001-10 e. 1.14.001.000015/2004-59 (documentos em anexo), bem como a produção de todas as provas legalmente admitidas, especialmente a pericial, a testemunhal e a documental.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para fins formais.

Termos em que pede deferimento.

Teixeira de Freitas/BA, 17 de agosto de 2015.

MARCELA RÉGIS FONSECA
PROCURADORA DA REPÚBLICA