

Voto

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):

I. Os atos administrativos questionados: negativa de proteção territorial em terras indígenas não homologadas.

1. Início a apreciação do pedido cautelar incidental pela análise do conteúdo dos atos impugnados. O Despacho nº 00023/2021/CP-COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU, aprova o Parecer nº 00013/2021/COAF-CONS/PFE-FUNAI/PGF/AGU (doc. 1532). Trata-se de parecer que fixa orientação jurídica da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, concluindo que apenas após a homologação da demarcação da terra indígena caberia àquela fundação implementar ações destinadas à proteção da indisponibilidade da terra e à proteção do usufruto exclusivo em favor dos indígenas. Confira-se:

“A- Conclui esta procuradora que as competências que se referem a “monitorar as terras indígenas regularizadas” (inciso IV) e a “implementar ações de vigilância, fiscalização e de prevenção de conflitos em terras indígenas e retirada dos invasores, em conjunto com os órgãos competentes” (inciso IX), **previstas no art. 20 do Estatuto da Funai (Decreto 9010/2017), constituem atribuição da Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI somente após a publicação do Decreto de homologação e a realização do registro da área indígena objeto de demarcação**, como bem da União, em cartório imobiliário.

B- Conclui esta procuradora que, antes do registro cartorial imobiliário da Terra Indígena em nome da União, incumbe a outros órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, implementar determinadas ações de fiscalização, prevenção de conflitos e retirada de invasores, que se mostrem necessárias em áreas ocupadas por indígenas.

C- **Conclui esta procuradora que não há fundamento legal que impeça, ou seja, que são cabíveis ações da Diretoria de Proteção Territorial, mesmo antes de haver o término do procedimento demarcatório e a regularização cartorial de terra indígena**, referentes à competência para “disponibilizar as informações e os dados geográficos, no que couber, às unidades da FUNAI e a outros órgãos

ou entidades correlatos” (inciso VIII do art. 20 do Estatuto da Funai – Decreto 9010/2017), informações em relação à terra indígena e ao processo de regularização fundiária.

D- Conclui esta procuradora, diante da competência atribuída à FUNAI para realizar o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas (art. 231 da CF, art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19 da Lei 6001/73 e arts. 2º, 5º e 6º do Decreto 1.775/96), **que somente após o término do referido procedimento administrativo demarcatório, ou seja, somente após a homologação da demarcação por Decreto presidencial e o registro imobiliário em nome da União (art. 20, XI, da CF), é que haveria a segurança jurídica necessária para que a FUNAI possa implementar determinadas ações destinadas à proteção da indisponibilidade da terra indígena tradicionalmente ocupada, e à proteção do usufruto exclusivo em favor dos indígenas** (art. 231, par. 2º e 4º, da CF)”. (grifou-se)

2. Já o Ofício Circular Nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI é ato administrativo praticado pelo Coordenador-Geral de Monitoramento Territorial da FUNAI, dirigido aos Coordenadores Regionais, aos Serviços de Gestão Ambiental e Territorial – SEGATs e às Coordenações Técnicas Locais – CTLs, determinando a observância, em sede administrativa, das conclusões daquele parecer jurídico. De acordo com o ofício os Planos de Trabalho de Proteção Territorial (PTPT) deverão prever atividades apenas para terras que ao menos tenham sido homologadas. Confira-se:

“Face ao exposto, estabelece-se o seguinte:

Os Planos de Trabalho de Proteção Territorial (PTPT) deverão prever atividades apenas para TIs no mínimo Homologadas , devidamente ressaltada sua fase demarcatória no corpo do referido Plano;

A exceção são as TIs alvo de decisão judicial, neste caso devidamente informado no PTPT, bem como inserida cópia da decisão no processo que encaminha o PTPT para análise;

As informações e/ou notícias acerca de crimes ambientais em TIs não homologadas que tenham chegado ao conhecimento das Coordenações Regionais e/ou aos seus demais setores subordinados, devem ser formalmente encaminhadas aos órgãos competentes (Polícia Federal, IBAMA, SEMA, SEDAM, etc.);

As informações e/ou notícias acerca de crimes contra comunidades indígenas e/ou seus membros que habitem em TIs não homologadas, que tenham chegado ao conhecimento das

Coordenações Regionais e/ou aos seus demais setores subordinados, devem ser formalmente encaminhadas aos órgãos competentes (Polícia Civil, Polícia Militar, Polícia Federal, etc.)” . (grifou-se)

3. Trata-se, portanto, de atos administrativos que afastam a proteção a terras indígenas que não tenham sido homologadas. De acordo com dados do Instituto Socioambiental (ISA), das 726 terras indígenas do país, 239 ainda não foram homologadas [1].

II. O contexto de retrocesso das políticas indigenistas.

4. O processo de demarcação de uma terra indígena possui cinco fases, sendo a homologação, por meio de decreto do Presidente da República, a penúltima delas, e o registro imobiliário a última [2], ambas, atos eminentemente formais, quando já avançada a identificação da área. A demarcação da terra indígena possui natureza declaratória, e não constitutiva do direito originário à terra (art. 25 do Estatuto do Índio c/c art. 231, da CF/1988)[3]. Ela é produto de um processo longo e complexo, que conta com estudo antropológico (para avaliação da existência de vínculo da comunidade indígena com a terra), passa por diversas verificações e medições, é submetido ao contraditório e à ampla defesa, avaliando-se as objeções de eventuais interessados nas terras. O procedimento se estende por anos, podendo durar mais de uma década. **Ao final da identificação da terra *in loco*, cabe ao Presidente da República praticar o ato de homologação**, que basicamente chancela a conclusão da demarcação. Depois disso, realiza-se apenas o registro imobiliário.

5. Ocorre que se está diante de um contexto em que **o próprio Presidente da República assumiu postura contrária à regularização das terras indígenas e declarou publicamente que, em seu governo, elas não seriam demarcadas** [4]. De fato, de acordo com informações prestadas pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, os processos de demarcação se encontram paralisados desde 2019 [5].

6. Assim, de um lado, não se demarcam novas terras ou se homologam demarcações já realizadas. E, de outro lado, utiliza-se o argumento da não homologação para retirar a proteção das terras não homologadas e de suas comunidades. Ora, a não homologação de tais terras deriva de inércia deliberada do poder público, que viola o direito originário de tais povos, previsto na Constituição, cabendo à União **o dever** (e não a escolha) de

demarcar suas terras (CF, art. 231). De se notar, ainda, que tais demarcações deveriam estar concluídas no prazo de 5 anos, contados da promulgação da Carta (ADCT, 67).

7. Vale lembrar, igualmente, que, durante o atual governo, a União pretendeu revisar os processos administrativos de demarcação que ainda não haviam sido concluídos, com fundamento no Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU. Tal iniciativa foi contida por decisão liminar proferida pelo Min. Edson Fachin nos autos do RE nº 1.017.365, na qual relata que **a FUNAI, com base no documento, deixaria de atender e prestar serviços a índios situados em áreas não homologadas, que deixariam de receber políticas públicas destinadas aos povos indígenas**. Confira-se trecho daquela decisão:

“Ademais, considero estar presente o fundado perigo de dano, pois a recente decisão do Ministério da Justiça, fato notório dada a grande cobertura da imprensa em relação aos casos e demonstrado pelos documentos juntados, determinando o retorno de dezessete procedimentos administrativos de demarcação à FUNAI, para aplicação do referido instrumento normativo, gera justo receio de interferência em demandas judiciais que tratem da mesma matéria.

Ainda, o relato de que a FUNAI ‘ **está a definir que as terras que não estiverem regularizadas, com a respectiva homologação, não recebem as políticas públicas direcionadas aos índios**’, corroborada pelos documentos juntados ao petítório, os quais não foram impugnados pela autarquia, demonstram fundado receio da Peticionária de que diversas comunidades indígenas deixem de perceber o adequado tratamento por parte dos Poderes Públicos, em especial no que se refere aos meios de subsistência, se a demarcação de suas terras não foi ainda regularizada.”

8. Na sequência, houve **resistência da União quanto a conferir assistência do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas situados em terras não homologadas**. Esse comportamento, por sua vez, foi objeto de decisão cautelar proferida nestes autos, que determinou a extensão de tais serviços a esses povos, assim como a elaboração de um Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19, aplicável a todas as comunidades indígenas sem restrição, quer com o propósito de evitar ou conter o contágio de seus membros, quer a fim de tratá-los.

9. Posteriormente ao deferimento da cautelar, a FUNAI editou a Resolução nº 4, de 22 de janeiro de 2021, que estabeleceu critérios de

heteroidentificação aplicáveis aos povos indígenas, (i) **fazendo condicionamentos vinculados ao território ocupado ou habitado pelo indígena e estabelecendo este critério como o principal para seu reconhecimento** ; e (ii) determinando que a sua heteroidentificação lastreada em “critérios técnicos/científicos”, que não especificou quais são. Tal resolução foi suspensa por nova medida cautelar deferida nos autos da presente ação (doc. 861). Na ocasião, explicitarei que a resolução violava o art. 231 da Constituição, o art. 1º, 2, da Convenção 169 da OIT e a própria cautelar deferida por este Juízo porque, por via transversa, **favorecia a descaracterização de povos indígenas localizados em terras indígenas não homologadas como indígenas, dificultando a fruição de serviços públicos, entre os quais de proteção à sua saúde** .

10. Por fim, por meio dos atos objeto desta decisão, verifica-se nova tentativa da FUNAI de omitir-se na prestação de serviços a povos indígenas localizados em terras não homologadas, desta vez utilizando a não conclusão da homologação para evitar o controle territorial que deve ser exercido sobre tais áreas e que é condição para a proteção à sua saúde.

11. Portanto, em síntese: (i) o Presidente da República declarou que não demarcará terras indígenas em seu governo, a despeito de se tratar de dever constitucional (e não de escolha política); (ii) atos administrativos da União buscaram “revisar” demarcações em curso e sustar a prestação de serviços a comunidades cujas terras ainda não tivesse sua regularização concluída (Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU); (iii) decisão judicial suspendeu a última providência (RE nº 1.017.365, Rel. Min. Edson Fachin); (iv) a União omitiu-se na prestação do serviço especial de saúde em terras não homologadas; (v) decisão judicial determinou a prestação do serviço (ADPF MC nº 709, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); (vi) na sequência, a FUNAI editou resolução voltada à heteroidentificação de povos indígenas, com base na regularização de suas áreas (Resolução FUNAI nº 4/2021); (vii) nova decisão judicial suspendeu a providência (ADPF 709, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); (ix) não satisfeita, a FUNAI pratica novos atos por meio dos quais pretende que terras indígenas não homologadas fiquem desprovidas de proteção territorial (Ofício Circular nº 18/2021/CGMT/DPT /FUNAI e Parecer nº 00013/2021/COAF-CONS/PFE-FUNAI/PGF/AGU). Fica clara a persistência dos recursos de que vem se valendo a FUNAI – fundação que deveria estar voltada à tutela dos direitos dos indígenas – para desassistir tais povos.

III. Esvaziamento da medida cautelar deferida.

12. Mas não é só. Os atos da FUNAI representam uma tentativa – reiterada, é válido frisar – de esvaziamento de medidas de proteção já deferidas por este juízo. Em primeiro lugar, ao afastar a proteção territorial em terras não homologadas, a FUNAI sinaliza a invasores que a União se absterá de combater atuações irregulares em tais áreas, o que pode constituir um convite à invasão de áreas que são sabidamente cobiçadas por grileiros e madeireiros, bem como à prática de ilícitos de toda ordem.

13. Em segundo lugar, a suspensão da proteção territorial abre caminho para que terceiros passem a transitar nas aludidas terras, oferecendo risco à saúde de tais comunidades. Tais terceiros são vetores de contágio de COVID-19, assim como de outras enfermidades – sobretudo doenças infectocontagiosas – que tornam a saúde de tais povos mais vulnerável, como amplamente documentado por manifestações e notas técnicas dos peritos, constantes destes autos. A presença de terceiros e de invasores em áreas indígenas e a desproteção territorial das terras pode, ainda, comprometer a implementação do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, aprovado pelo Juízo, e outros instrumentos, que envolvem a contenção e retirada de terceiros e de invasores como medida de proteção sanitária.

14. Além do impacto sobre povos situados em terras indígenas não homologadas, os atos ora em exame tendem a afetar os povos indígenas isolados e de recente contato, que são ainda mais vulneráveis epidemiologicamente, conforme esclarecimentos dos experts do Juízo. Com relação aos povos em isolamento e de contato recente, cautelar homologada pelo Plenário determinou inclusive a criação de barreiras sanitárias que impedissem a entrada e saída de terceiros do território. Demonstrou-se, na ocasião, que a providência mais adequada de proteção à saúde quanto a tais povos é o isolamento, dada sua aguda vulnerabilidade epidemiológica.

15. Ainda que o Ofício Circular Nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI excepcione as terras indígenas alvo de decisão judicial da não incidência da ação de proteção territorial da FUNAI, fato é que a APIB traz evidências de que o controle territorial sobre tais áreas já não estava ocorrendo, mesmo antes da nova orientação. Vale registrar, ainda, que as áreas objeto de decisão judicial, segundo os atos impugnados, deverão ser devidamente

informadas nos Planos de Trabalho de Proteção Territorial, como condição para que a proteção da FUNAI não deixe de se implementar, e está claro que não há grande empenho da fundação em prestar o serviço.

16. Nessa linha, a APIB informa a existência de 114 comunidades indígenas isoladas e de recente contato em terras não homologadas e chama a atenção para o caso específico da TI Piripkura, ainda não homologada, que tem sido alvo de reiteradas invasões. Segundo a APIB, entre agosto de 2020 e abril de 2021, 2.132 hectares foram desmatados. Entre junho e julho de 2021, houve mais 220 hectares de desmate. Além disso, a entidade relata que novos ramais têm sido abertos em direção ao interior da terra, e que a invasão tem por objetivo a derrubada de árvores de grande valor comercial.

17. Não há dúvida de que a nova orientação, que nega a proteção territorial da FUNAI nessas áreas, certamente contribuirá para a intensificação desse processo. A presença do órgão federal de proteção ao índio é uma proteção institucional relevante para tais populações.

IV. Conclusão

18. Ante o exposto, voto no sentido de ratificar a medida cautelar já concedida para determinar: (i) a suspensão imediata dos efeitos do Ofício Circular Nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI e o PARECER n. 00013/2021/COAF-CONS/PFE-FUNAI/PGF/AGU; e (ii) a implementação de atividade de proteção territorial nas terras indígenas pela FUNAI, **independentemente de estarem homologadas.**

19. É como voto.

Notas:

[1] Informação obtida em: <https://terrasindigenas.org.br>, acesso em 25.01.2022.

[2] O procedimento de demarcação é regulamentado pelo Decreto nº 1775/1996. Ele pode ser dividido nas seguintes fases: (i) identificação da área por meio de estudo antropológico, cujas conclusões são publicadas

pela FUNAI, abrindo-se a oportunidade de exercício do contraditório e contestação dos resultados por parte de interessados; (ii) declaração da posse permanente, por portaria do Ministério da Justiça; (iii) demarcação física, *in loco*; (iv) homologação da demarcação por meio de decreto do Presidente da República e (v) registro imobiliário. Trata-se de processo que conta com estudo antropológico complexo, demanda verificações *in loco*, além de estar sujeito a contestações, que costumam se prolongar no tempo.

[3] Art. 25 do Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973): “Art. 25. **O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas**, nos termos do artigo 198, 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 antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.” (grifos acrescentados).

Art. 231, *caput*, da CF/1988: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (grifos acrescentados).

[4] Nas palavras do Presidente da República, “Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena. Ponto final.”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890> acesso em 26.01.2022.

[5] Informações prestadas em memoriais relativos ao RE nº 1.017.365 – SC. De acordo com o CNDH, “o processo de militarização da Funai coincide com a paralisação do processo de demarcação de terras indígenas no país (...). Sobre a paralisação da demarcação de terras indígenas o CNDH manifestou preocupação e solicitou à Funai informações sobre processos (...). A planilha encaminhada ao CNDH apresenta uma lista de 83 terras indígenas declaradas, das quais apenas nove foram homologadas e não há informações sobre o registro e desintrusão das mesmas. **O documento oficial comprova que estes processos estão paralisados desde 01 de janeiro de 2019** (doc. Anexo)”. (grifos acrescentados)