

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5005234-63.2014.404.7104/RS

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DECISÃO (LIMINAR/ANTECIPAÇÃO DA TUTELA)

(a) Pedido de Liminar

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MPF contra FUNAI e UNIÃO, pela qual o autor pretende obter ordem judicial que force o poder público a dar o devido andamento ao processo de identificação e delimitação de território de possível ocupação tradicional da etnia Kaingang, cujos integrantes estão atualmente acampados na cidade de Mato Castelhano/RS. O órgão ministerial sustenta haver injustificável demora na conclusão do procedimento, a qual somente estaria servindo para acirrar os conflitos entre índios e não índios.

Em sede de liminar, o MPF requer que seja determinado às requeridas que, no prazo máximo de 2 (dois) anos, concluam definitivamente o procedimento geral de demarcação da área mencionada, nos termos e prazos previstos no Decreto nº 1.775/96.

As demandadas foram intimadas para manifestação prévia, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92 (eventos 7 e 9), tendo ambas requerido o indeferimento da medida antecipatória.

É o relatório.

(b) Fundamentação

O TRF da 4ª Região consolidou o entendimento de que há possibilidade de concessão de antecipação de tutela em caráter liminar, contra o Poder Público, quando se tratar de assegurar à parte a garantia de seus direitos fundamentais (v. TRF da 4ª REGIÃO, AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CIVEL nº 2000.04.01.072004-2 UF: RS Órgão Julgador: QUINTA TURMA Fonte DJU DATA:14/02/2001 PÁGINA: 327 DJU DATA:14/02/2001 Relator JUIZ TADAAQUI HIROSE ; TRF da 4ª REGIÃO. AG nº 2003.04.01.039364-0/SC. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Fonte DJU DATA:07/01/2004 PÁGINA: 344 DJU DATA:07/01/2004. Relator JUIZ FERNANDO QUADROS DA SILVA).

Portanto, não há impedimento legal à concessão de liminar contra atos ou omissões do Poder Público. Por sua vez, a Lei nº 7.347/87, que disciplina a ação civil pública, prevê, no seu artigo 12, a possibilidade de concessão de liminar. A referida lei não estabelece requisitos para tanto, de modo que se

aplicam subsidiariamente os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, conforme o artigo 19 da própria Lei nº 7.347/87, que assim dispõe:

Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Em tais condições, o deferimento da medida provisória requerida na inicial é possível quando, demonstrada a verossimilhança da alegação através de prova inequívoca, torna-se imprescindível a antecipação dos efeitos de um futuro provimento de mérito em razão da urgência, evitando-se, assim, o risco de seu perecimento no curso inevitável do processo. Registre-se que, no caso concreto, a liminar não será deferida na extensão pretendida pelo MPF, logo não esgotará o objeto do processo (Lei n. 8.437/92, art. 1.º, § 3.º). Ademais, tal restrição ao deferimento de liminares é inconstitucional se interpretada no sentido de vedar a concessão de antecipação de tutela contra atos do poder público, por supostamente 'esgotar, no todo ou em parte, o objeto do processo', na medida em que, diante da lesão ou ameaça de lesão a seu direito, o jurisdicionado não teria qualquer forma de protegê-lo nas situações de urgência, o que afrontaria a garantia fundamental de acesso à Justiça (CF/88, art. 5.º, inc. XXXV).

No caso dos autos, depreende-se que o processo administrativo - que apura a existência ou não de território de ocupação tradicional indígena - está paralisado desde pelo menos agosto de 2013. O ofício n. 753/DPT, expedido em 09.08.2013 pela Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI (v. fl. 1.027 do inquérito civil público; fl. 263 do processo judicial eletrônico), informou ao MPF/RS que:

[...] Os estudos de identificação e delimitação da área foram realizados pelo Grupo Técnico constituído pela Portaria nº 446/2009 e complementares. O relatório circunstanciado foi aprovado pela Coordenação Geral de Identificação e Delimitação desta Diretoria e encaminhado à Presidência da FUNAI, onde aguarda a aprovação final. Com a aprovação dos estudos, publicar-se-á, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, o resumo do relatório circunstanciado, acompanhado do mapa da terra indígena e do respectivo memorial descritivo. [...]

Intimada a FUNAI em Juízo quanto aos termos desta ação civil pública, a fundação juntou dentre outros documentos o Memorando n. 289/DPT, de 15.04.2014, do qual se extraem os seguintes trechos:

Assunto: Terra Indígena Mato Castelhana (Fág Ty Ka)

1. Em atendimento à solicitação de V. Sa. Informamos que a Terra Indígena Mato Castelhana - Fág Ty Ka, de ocupação tradicional do Povo Indígena Kaingang, localizada no município de Mato Castelhana-RS, foi identificada pelo Grupo Técnico (GT) constituído pela Portaria n. 446/PRES/2009 e complementares.

2. A proposta apresentada pelo GT foi devidamente fundamentada, tendo configurado a terra delimitada como tradicionalmente ocupada nos moldes do art. 231 da CF/88. O relatório circunstanciado de identificação e delimitação foi aprovado pela Coordenação Geral de Identificação e Delimitação - CGID, por ter atendido aos preceitos estabelecidos pelo Decreto nº 1.775/1996 e Portaria nº 14/MJ/1996.

3. O processo de identificação e delimitação (08620.015148/2013-86, 03 volumes) foi enviado à Presidência da FUNAI com a proposta de aprovação técnica conclusiva e publicação do resumo do relatório circunstanciado no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, conforme estabelece o § 7º, art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, aguardando, atualmente, a chancela da Presidência do Órgão.

Não foi informada pela FUNAI a existência de qualquer medida instrutória, apuratória ou probatória atualmente em curso. Depreende-se, pois, ter havido a completa paralisação do processo administrativo, em sua fase decisória, pelo menos no período compreendido entre 09.08.2013 (ofício n. 753/DPT) e 15.04.2014 (Memorando n. 289/DPT), o que representa em torno de 08 (oito) meses. Tal fato é suficiente para configurar a mora administrativa à luz da normatização de regência.

Com efeito, embora cópia integral do processo administrativo não tenha sido juntada aos autos pelo MPF, tampouco pelas demandadas FUNAI e UNIÃO, depreende-se das manifestações constantes nos autos que a atual fase do processo administrativo é a de análise do relatório circunstanciado pela Presidência da FUNAI para fins de sua aprovação ou não. Esta fase procedimental está prevista no art. 2º, §§ 6º e 7º, do Decreto n. 1.775/96:

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

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. [...]

§ 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.

As manifestações constantes nos autos indicam que o processo administrativo foi devidamente instruído com estudos antropológicos, históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos e ambientais, e remetido à Presidência da FUNAI para fins de aprovação ou não do relatório circunstanciado. Trata-se, pois, de uma fase decisória do processo administrativo, em que o agente público está forçado pela legislação a tomar uma das seguintes decisões: (a) aprovar o relatório; (b) desaprovar o relatório; (c) baixar o processo para cumprimento de

diligências imprescindíveis. Trata-se de decisões semelhantes às que o Ministro de Estado da Justiça, em fase posterior do mesmo processo demarcatório, poderá tomar, e que estão previstas no § 10 do art. 2.º do Decreto n. 1.775/96:

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Não há, à luz da legislação, direito da Presidência da FUNAI de reter o processo administrativo - já finalizado em sua fase de instrução e provido de parecer final da CGID/DPT - sem decisão, por prazo indeterminado. A Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim dispõe sobre a instrução e o parecer na esfera administrativa:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. [...]

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. [...]

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. [...]

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Art. 43. Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes.

Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado. [...]

Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

Trata-se de fases já superadas no caso concreto. E, concluídas as fases de instrução e de parecer, inicia-se a *fase decisória*, expressamente regulada no Capítulo XI da Lei n. 9.784/99, nos seguintes termos:

CAPÍTULO XI DO DEVER DE DECIDIR

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Logo, não havendo expedientes instrutórios atualmente em curso, tenho por comprovada a inércia injustificada da Presidência da FUNAI, que é ilegal à luz do art. 49 da Lei n. 9.784/99.

Notícia o MPF, por outro lado, que tal indefinição vem agravando conflitos entre índios e não índios na região. É do conhecimento deste Juízo o clima conflituoso instalado nas comunidades atingidas pela possibilidade de demarcação das diversas áreas reivindicadas como indígenas nesta região (Mato Preto, Mato Castelhanos, Votoro, entre outras demarcações e pedidos de ampliação de reservas já demarcadas). Nesta Subseção Judiciária de Passo Fundo já tramitaram várias ações de reintegração de posse, decorrentes da invasão de propriedades rurais pelos indígenas que aguardam a demarcação, além de ações contestando a legitimidade dos laudos antropológicos produzidos pela FUNAI e, conseqüentemente, dos próprios procedimentos demarcatórios. Há clima de confronto instaurado na região, mormente nas áreas referentes à suposta Terra Indígena de Mato Castelhanos e, mais recentemente, na área de Faxinalzinho, comunidade indígena de Votoro (pertencente à jurisdição da Subseção de Erechim), nas quais já houve mobilização de agricultores e índios, confrontos, bloqueios e impedimento de ingresso de técnicos contratados pela FUNAI nas propriedades. Sobre a área situada no Município de Faxinalzinho/RS, dois agricultores foram encontrados mortos por índios em 28/04/2014 (<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/vida-rural/noticia/2014/04/enterrados-no-rs-agricultores-mortos-em-confronto-com-indios.html>).

Tal situação, a meu sentir, caracteriza o *periculum in mora*, pois o descumprimento da legislação, pela FUNAI, no tocante aos prazos para decidir, seja em um ou em outro sentido, é fato que aparentemente vem acirrando os conflitos e estimulando os índios a buscarem aquilo que acreditam ser seus direitos mediante condutas de agressão e violência, regidas pelo Direito Penal, como forma de chamar a atenção das autoridades.

Destarte, tenho como cabível o deferimento do pedido de liminar, em parte, para o efeito de obrigar-se a FUNAI, por meio de sua Presidência, a proferir decisão em prazo certo.

Quanto ao pedido do MPF, mais amplo, de determinação à FUNAI para que conclua todo o procedimento administrativo em prazo certo, não superior a 2 (dois) anos, entendo que deva ele ser indeferido. Ao contrário do que sustentou o MPF, penso que o princípio da razoável duração do processo administrativo não autoriza que, em razão da demora em fases procedimentais anteriores, se presuma a demora em fases posteriores, tampouco justifica que se suprima do órgão administrativo a possibilidade de legitimamente se utilizar de expedientes validamente previstos na legislação. Imagine-se, por exemplo, que o processo administrativo esteja atualmente instruído de forma deficiente, precária, com laudos contraditórios ou falta de elementos imprescindíveis à adequada solução do caso. A legislação, em tal situação, autoriza a baixa em diligências, com reabertura da fase de instrução, para que, oportunamente, o agente público possa adequadamente decidir a questão.

O deferimento da liminar na extensão pretendida (a) significaria presumir-se a ilegitimidade da postura futura da FUNAI (retardando, intencionalmente, o andamento do processo administrativo), o que vai de encontro à presunção de legitimidade dos atos administrativos; (b) poderia levar à prolação de decisões apressadas, inadequadas, deficientemente instruídas, em matéria que terá evidentes repercussões, intensas e negativas, qualquer que seja a decisão a ser tomada, para pelo menos alguns dos envolvidos, sejam eles os proprietários de terras ou os indígenas; (c) poderia forçar a supressão de fases procedimentais validamente previstas na legislação e necessárias ao bom desempenho da atividade administrativa de natureza decisória (reabertura da instrução), sem que sequer se saiba dos concretos elementos constantes no processo administrativo (não trazido aos autos) e, pois, sem que se saiba se são elas pertinentes ou não.

A matéria em debate, por sua complexidade e relevância, mostra que seria temerária uma decisão judicial que, em caráter liminar, fixasse prazo exíguo para os entes públicos demandados encerrarem o processo administrativo, independentemente do que quer que nele conste. Saliente-se que cópia do processo administrativo não foi trazida aos autos pelo MPF, embora pudesse ter sido, mediante prévia requisição de fornecimento de documentos a ser expedida à FUNAI com fundamento na LC n. 75/93.

Destarte, a inércia injustificada da FUNAI deverá ser demonstrada pelo MPF de forma específica, e não global, fase por fase do processo administrativo, caso pretenda o deferimento de nova liminar, que por sua vez será específica para a fase procedimental que eventualmente estiver em indevido retardamento.

Cabe por fim registrar que esta decisão não analisa ou reconhece a terra como sendo ou não sendo de ocupação tradicional indígena. Reconhece, apenas, que a FUNAI tem o dever de decidir tal questão e que está em inércia injustificada, descumprindo seu dever de decidir em prazo certo, contido no art. 49 da Lei n. 9.784/99.

(c) **Decisão**

Ante o exposto, **DEFIRO EM PARTE** o pedido de liminar formulado pelo MPF para o efeito de determinar à FUNAI que, por meio de sua Presidência, profira decisão no processo administrativo n. 08620.015148/2013-86, no prazo certo de 30 (trinta) dias a contar de sua intimação, prorrogável por igual período, de forma fundamentada (Lei n. 9.784/99, art. 49), sob pena de multa diária, que incidirá contra a fundação, ora arbitrada no valor diário de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo da responsabilização do agente público em caso de descumprimento da ordem judicial.

Intimem-se MPF, FUNAI e UNIÃO.

Citem-se FUNAI e UNIÃO, com as advertências legalmente previstas, para, querendo, contestarem a ação no prazo legal, especificando e justificando as provas cuja produção porventura pretender(em), sob pena de preclusão (CPC, art. 300, *in fine*), ficando cientes de que eventuais requerimentos genéricos, de produção de todas as provas em direito admitidas, estão desde já indeferidos.

Determino à FUNAI a juntada, no prazo de contestação, de cópia integral do processo administrativo n. 08620.015148/2013-86 (CPP, art. 355).

Da(s) contestação(ões), dê-se vista à parte autora para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, dentro do qual deverá especificar as provas cuja produção porventura pretender, bem como manifestar-se a respeito de preliminares, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor e documentos porventura suscitados, invocados e juntados (CPC, arts. 326 e 327).

Não havendo pedido(s) de prova(s) pelas partes, faça-se conclusão para sentença. Caso seja(m) apresentado(s) pedido(s) *específico(s)* de prova(s) pelas partes, faça-se conclusão para decisão a respeito, ficando as partes cientes de que eventuais requerimentos genéricos, de produção de todas as provas em Direito admitidas, estão desde já indeferidos.

Passo Fundo, 06 de maio de 2014.

Guilherme Gehlen Walcher
Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena

Documento eletrônico assinado por **Guilherme Gehlen Walcher, Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **11105749v8** e, se solicitado, do código CRC **79442DAB**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Guilherme Gehlen Walcher

Data e Hora: 06/05/2014 14:57