



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Rua Antonio Araújo, 1110 - Bairro: João Lângaro - CEP: 99010-220 - Fone: (54)3316-9024 - Email: rspfu02@jfrs.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5006915-58.2020.4.04.7104/RS

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

RÉU: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

SENTENÇA

I - Relatório

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo **Ministério Público Federal** em face da **Fundação Nacional do Índio - FUNAI** e do **Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)**, na qual, em síntese, se insurge em face dos efeitos das alterações promovidas pela IN nº 9/2020-FUNAI, em especial nos territórios indígenas localizados nos municípios sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS.

Referiu que a presente ação busca, mediante suspensão dos efeitos da Instrução Normativa FUNAI nº 9/2020 (IN nº 9/2020-FUNAI), nos limites da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, assegurar a manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas no SIGEF (Sistema de Gestão Fundiária) e no SICAR (Sistema do Cadastro Ambiental Rural), ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a consideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL).

Em breve histórico, aduziu que a Lei nº 10.627/2001 foi a norma responsável por introduzir, como requisito obrigatório e específico para a matrícula imobiliária de imóveis rurais que sejam objeto de desmembramento, parcelamento, remembramento ou alienação, o georreferenciamento das terras rurais de acordo com o Sistema Geodésico Brasileiro, o qual foi regulamentado pela Norma de Execução nº 105, de 26/12/2012, que previu que todo o recebimento e processamento dos dados e informações são condensados em um único sistema computadorizado, qual seja, o SIGEF – Sistema de Gestão Fundiária, desenvolvido pelo INCRA e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Salientou que, assim, o SIGEF é uma importante ferramenta eletrônica, desenvolvida para subsidiar a governança fundiária do território nacional, funcionando como base de dados centralizada que armazena informações relevantes, as quais servem para orientar políticas de destinação de terras e regularização fundiária, sendo que a certidão obtida eletronicamente via SIGEF é indispensável para desmembrar, transferir, comercializar ou dar a terra em garantia na obtenção de empréstimos bancários, negócios jurídicos previstos no art. 54 da Lei nº 13.097/15.

Aduziu que, outrossim, os registros do SICAR (Sistema de Cadastro Ambiental Rural), instituído pelo art. 29 da Lei nº 12.651/2012, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, mediante autodeclaração, para fins de comprovação da regularidade ambiental, estão sendo unificados a partir da integração entre o SICAR e a base de dados do SIGEF.

Referiu que a Lei Registral (nº 6.015/1973), outrossim, impõe ao INCRA o dever de conferir todos os dados de um imóvel rural, a partir do Sistema Geodésico Brasileiro, e decidir sobre o deferimento do requerimento apresentado pelo (virtual) proprietário rural, de modo a concretizar a gestão fundiária agrária nacional, sendo que a decisão deve levar em consideração, nos termos do Anexo I da Norma de Execução nº 105/2012-INCRA, não apenas os “polígonos limpos” apresentados pelo requerente, como também os polígonos já constantes da base de dados do próprio INCRA, além de outros polígonos georreferenciados que estão a cargo de outros órgãos públicos/entidades públicas responsáveis pela gestão fundiária de outros temas importantes (ambiental, indígena etc).

Destacou que, nesse sentido, a Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2012, expedida pela FUNAI com o objetivo de estabelecer regras sobre a manifestação da entidade quanto à incidência de imóvel rural em terras indígenas ou de confrontação de limites, previu, como instrumentos para a FUNAI comunicar ao INCRA o seu entendimento de “sobreposição” (ou não) de imóvel rural particular em relação a terras indígenas (TIs), o Atestado Administrativo (AA) e a Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL). No ponto, de acordo com a IN nº 3/2012, configurava hipótese impeditiva de emissão de Atestado Administrativo o fato de o imóvel de terceiros incidir em (ou estar sobreposto a) terras indígenas nas mais diferentes fases do procedimento de demarcação.

Aduziu o *parquet* que, contudo, em 22 de abril de 2020, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) a Instrução Normativa nº 9, de 16 de abril de 2020, expedida pela FUNAI (IN nº 9/2020-FUNAI), tratando do “*requerimento*,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados”, e restringindo substancialmente as hipóteses de impedimento de emissão de DRL em favor do proprietário rural.

Salientou que, no ponto, a IN nº 9/2020-FUNAI prevê, no § 1º do art. 1º, que “*a Declaração de Reconhecimento de Limites se destina a fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas*”, enquanto que o § 2º do mesmo artigo estabelece que “*não cabe à FUNAI produzir documentos que restrinjam a posse de imóveis privados em face de estudos de identificação e delimitação de terras indígenas ou constituição de reservas indígenas*”.

Alegou que, desse modo, a IN nº 9/2020-FUNAI não mais trata da “*área em estudo de identificação e delimitação*”, da “*terra indígena delimitada (pela FUNAI)*”, da “*terra indígena declarada (pelo Ministro da Justiça)*” e da “*terra indígena interdita*” como hipóteses impeditivas de emissão da DRL em favor do proprietário rural, revogando a necessidade de observância da poligonal de terras indígenas em processo de demarcação prevista na anterior Instrução Normativa/FUNAI nº 03/2012.

Afirmou o autor que a alteração normativa retirou, dessa forma, como condição para emissão de Atestado Administrativo de regularidade geográfica do imóvel particular, a necessidade de observância dos limites de áreas de interesse indígena com procedimentos administrativos não finalizados, circunstância que passou a permitir que imóveis rurais sobrepostos a essas áreas obtivessem o devido cadastramento no Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF do INCRA. Daí o risco para áreas indígenas ainda em demarcação ou no lento processo de aguardar a abertura de processo de reconhecimento pela FUNAI.

Sustentou que, desse modo, em síntese, a IN nº 9/2020-FUNAI: (i) contraria o caráter originário do direito dos indígenas às suas terras e a natureza declaratória do ato de demarcação; (ii) cria indevida precedência da propriedade privada sobre as terras indígenas, em flagrante ofensa ao art. 231, § 6º, da Constituição, cuja aplicabilidade se impõe inclusive aos territórios não demarcados; (iii) contraria a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não resistindo ao controle de convencionalidade; (iv) viola os princípios da publicidade, da legalidade e da segurança jurídica; (v) vai de encontro à Informação Técnica nº 26/2019/ASSTEC-FUNAI, ao Parecer nº 00044/2019/COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU e às conclusões do Acórdão nº



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

727/2020, do Tribunal de Contas da União; (vi) não passou por processo de consulta prévia, livre e informada com os povos indígenas interessados, como assegura o art. 6º, 1, a, da Convenção nº 169 da OIT; (vii) representa um indevido retrocesso na proteção socioambiental; (viii) incentiva a grilagem de terras e os conflitos fundiários; e (ix) configura comportamento contraditório, vedado pela tutela da confiança e pelo dever de boa-fé.

Destacou que, considerando apenas as áreas indígenas localizadas em municípios que integram a Subseção Judiciária de Passo Fundo, mais de 3.567,0000 hectares de territórios tradicionais deixarão de ser considerados terra indígena com a aplicação da IN nº 9/2020-FUNAI, sendo retirados do SIGEF e ocultados do sistema de gestão fundiária, de modo que proprietários de imóveis rurais que estiverem sobrepostos com todo esse território indígena, que é bem imóvel da União, poderão obter declarações do SIGEF sem essa informação, criando um incomensurável risco não só para os indígenas e para o meio ambiente, como também para os negócios jurídicos que envolvam tais bens.

Salientou que, ao fazer prevalecer o registro de títulos em territórios que deverão ser demarcados – e que não o foram em razão da mora do Estado brasileiro –, a FUNAI omite-se no dever de proteção do patrimônio público e suscita em não indígenas a ideia de que é necessário/possível avançar sobre essas áreas.

Justifica, ainda, a necessidade de concessão de liminar em razão: do sucateamento em execução infligido à FUNAI, bem como a realidade concreta das terras indígenas presentes nos municípios da Subseção Judiciária de Passo Fundo atingidas pela aplicação da IN nº 9/2020-FUNAI; da demora na conclusão dos procedimentos de demarcação, o fez com que o MPF ajuizasse diversas ações civis públicas nos últimos anos, em desfavor da União e da FUNAI, podendo ser citados, a título exemplificativo, os casos das demandas territoriais das comunidades indígenas de Mato Castelhana/RS (autos nº 5005234-63.2014.4.04.7104), Novo Xingu, em Constantina e Novo Xingu74/RS (autos nº 5004716-31.2014.4.04.7118), Carazinho 75/RS (autos nº 5002075-02.2016.4.04.7118), São Miguel do Faxinal, em Água Santa/RS (autos nº 5000890-97.2018.404.7104), e Campo do Meio, município de Gentil/RS (autos nº 5000895-22.2018.404.7104); considerando que nenhum dos procedimentos demarcatórios foi concluído, se antes os territórios reivindicados se enquadravam em alguma das hipóteses impeditivas da IN nº 3/2012-FUNAI, atualmente todos eles estariam excluídos do rol protetivo, que foi indevidamente restringido pela novel IN nº 9/2020-FUNAI. Fez os seguintes pedidos:

4.1) declarar, incidentalmente, a nulidade da IN nº 9/2020-FUNAI, por estarem suficientemente configuradas a sua ilegalidade, inconveniência e inconstitucionalidade;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

4.2) condenar a FUNAI e o INCRA a obrigação de fazer, consistente em revogar todos os atos praticados com base na aplicação da IN n° 9/2020-FUNAI;

4.3) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em manter ou incluir no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

4.4) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em considerar, para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

4.5) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em manter ou incluir no SICAR, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

Juntou documentos (E1).

Foi determinada a intimação prévia dos réus (E3).

Manifestou-se o INCRA requerendo, preliminarmente, nos termos do § 2º do artigo 55 do CPC e § 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717/1965, a reunião do presente feito à Ação Popular n° 1026656-93.2020.4.01.3400, que tramita na Seção Judiciária do Distrito Federal, uma vez que possuiriam objetos idênticos - a declaração de nulidade da Instrução Normativa/FUNAI n° 09/2020, sendo prevento aquele Juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. Alegou, outrossim, que se trata de suposto dano de abrangência nacional, razão pela qual há competência concorrente do foro do Distrito Federal para julgamento da demanda, em analogia ao artigo 93, II, do CDC.

Arguiu, ainda, a preliminar de inadequação da via eleita, ao argumento, em síntese, de que o *Parquet* busca declaração de inconstitucionalidade de ato normativo federal, cuja via adequada não seria a ação civil pública.

No mérito, defendeu a legalidade da IN n° 09/2020.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Alegou que esta disciplina a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, documento este que visa apenas fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas, ou seja, territórios sob domínio da União, administração da Funai e usufruto das comunidades indígena, de modo que a emissão do dito documento não implica reconhecimento de domínio ou exatidão dos limites do imóvel particular e também não atesta a legitimidade da posse, não servindo como instrumento a regularização fundiária, buscando apenas salvaguardar o Estado de que o particular requerente não está adentrando irregularmente em área de interesse indígena, seja declarada ou constituída, devidamente registrada em nome da União.

Aduziu que cabe à FUNAI a alimentação do banco de dados do SIGEF com as poligonais de terras indígenas sob sua administração, em observância aos parâmetros estabelecidos na IN nº 09/2020.

Alegou que, enquanto vigente, a IN 03/2012 a FUNAI alimentava o SIGEF com poligonais de áreas em qualquer das situações discriminadas no seu art. 6º, incluindo no banco de dados gerido pelo INCRA uma série de informações sujeitas a alterações, uma vez que, enquanto não concluído definitivamente o processo de demarcação de terras indígenas, não há certeza acerca da extensão territorial e da delimitação geográfica da área de domínio da União (são limites que podem ser alterados a qualquer momento no curso do processo de regularização na FUNAI), gerando insegurança jurídica e técnica a utilização de tais dados como base do Sistema.

Aduziu que, em relação às Reservas Indígenas e às Terras Dominiais Indígenas, não há falar em efeito declaratório do ato de destinação da terra à comunidade, e sim em ato constitutivo, uma vez que não se confundem com terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Defendeu que, embora a demarcação da terra indígena de ocupação tradicional possua natureza declaratória, os efeitos declaratórios do ato somente são desencadeados após sua devida formação, o que não ocorre antes da finalização do processo administrativo correspondente. Portanto, enquanto não aperfeiçoado o ato, não há falar em disponibilidade do mesmo para produção de efeitos próprios.

Sustentou que, embora a existência de procedimento demarcatório em curso não iniba a emissão de certificação de limites, garantido a plena propriedade, não há falar em ofensa ao princípio da publicidade, já que há previsão de averbação



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

de tal situação na matrícula de eventual imóvel sobreposto a área. Juntou documentos (E11).

Manifestou-se a FUNAI reiterando todas as alegações e fundamentos apresentados pelo INCRA (E12).

O MPF juntou cópia de sentença proferida nos autos de ação civil pública similar, relativa às áreas indígenas da Subseção Judiciária de Santarém/PA, que julgou procedentes os pedidos (E14).

A decisão do E15 deferiu o pedido liminar.

O INCRA opôs embargos de declaração (E24).

Manifestações da FUNAI comprovando o cumprimento da liminar (E26 e E29).

Embargos de declaração não acolhidos (E31).

Citados, o INCRA e a FUNAI apresentaram suas contestações respectivamente nos E38 e E39. O INCRA alegou como preliminares: (a) a existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400; (b) ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita; (c) ilegitimidade passiva ad causam do INCRA. No mérito, sustentou a constitucionalidade e legalidade da citada instrução normativa. De sua vez, a FUNAI alegou preliminarmente: (a) a existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400; (b) ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita; (c) ilegitimidade passiva ad causam da FUNAI. No mérito, também defendeu a constitucionalidade e legalidade da Instrução Normativa da FUNAI nº 9/2020 (evento 39).

A FUNAI e o INCRA interpuseram o agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000 (E40).

O Ministério Público Federal se manifestou em réplica (E45).

Comunicação de decisão do agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000/RS (E47 e E48) no qual foi deferido efeito suspensivo da liminar concedida e reconhecido a prevenção desta ação civil pública com a ação popular de nº 1026656-93.2020.4.01.3400, para haver trâmite e julgamento conjunto na 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Foi negado provimento ao agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000/RS, mantendo-se a decisão antecipatória de tutela (E15) e a competência desse Juízo para o julgamento desta ação (E59).

O Ministério Público Federal juntou outras sentenças similares (E66).

Não havendo pedidos de produção de outras provas, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o breve relatório.

Decido.

II - Fundamentação

1. Preliminarmente

1.1. Incompetência do juízo e inadequação da via eleita

As preliminares de existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400 e ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita já foram analisadas e afastadas na decisão do E15. Quanto à competência desse Juízo, foi confirmada pelo TRF4 no agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000.

Importante salientar que a competência, no caso dos autos, é regida pelo art. 2º da Lei nº 73.347/1985, segundo o qual "*as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*"), sendo, portanto, de natureza absoluta.

No presente caso, a lide se limita à competência territorial desta Subseção e a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 é apenas questão prejudicial ao julgamento da ação, que em verdade busca assegurar a manutenção e/ou inclusão de todas as terras indígenas existentes na área de circunscrição desta Subseção no SIGEF e no SICAR (dano local).

Outrossim, eventual conexão, ainda que existente, não teria o condão de alterar competência absoluta.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Referente a adequação da via eleita, a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 é apenas questão prejudicial ao julgamento da ação.

Ocorre que é cabível ação civil pública fundada em inconstitucionalidade de norma, desde que este não seja o seu pedido principal.

Analisando a peça inaugural, verifico que o objeto da presente ação é a imposição de obrigações de fazer e de não fazer, consistentes na manutenção e/ou inclusão de todas as terras indígenas existentes na área de circunscrição desta Subseção no SIGEF e no SICAR.

O que se busca nesta ação, portanto, tem relação com os efeitos concretos da IN nº 09/2020, relativos à restrição sem propósito útil e oportuno e desnecessária para satisfazer um interesse público imperativo, assim como desproporcional em relação aos direitos dos povos indígenas às suas terras, havendo inúmeras ações em curso nesta Subseção relacionadas a tais direitos. Além disso, há outros enfoques de análise, como a verificação de legalidade do ato normativo infralegal, assim como dos efeitos concretos nas relações jurídicas e fáticas existentes no âmbito da Subseção e afetações específicas a núcleos essenciais de direitos das comunidades indígenas localizadas na região e efeitos específicos daí decorrentes.

Outrossim, o próprio MPF trouxe um rol de áreas indígenas, sob jurisdição desta Vara, potencialmente afetadas pela norma em questão, quais sejam (E1, INIC1, fls. 15-16):

Nome	Etnia	Município	Superfície (ha)	Fase do procedimento	Modalidade
TI Carreteiro	Kaingang	Água Santa	602,9751	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Mato Castelhana	Kaingang	Mato Castelhana	3.567,0000	Delimitada	Tradicionalmente ocupada



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

TI Monte Caseros	Kaingang	Muliterno, Ibiraiaras	1.112,4105	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Nonoai	Guarani e Kaingang	Rio dos Índios, Planalto, Nonoai e Gramado dos Loureiros	19.830,0000	Declarada	Tradicionalmente ocupada
TI Nonoai/Rio da Várzea	Kaingang	Trindade do Sul, Planalto, Nonoai, Liberato Salzano, Gramado dos Loureiros	16.415,4443	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Segu	Kaingang	Novo Xingu	0,0000	Em estudo	Tradicionalmente ocupada
TI Serrinha	Kaingang	Três Palmeiras, Ronda Alta, Engenho Velho, Constantina	11.752,7578	Declarada	Tradicionalmente ocupada
			Total 53.280,5877 ha		

Desse modo, não estamos diante de análise de inconstitucionalidade em abstrato da norma, mas sim dos efeitos concretos dessa, os quais passam pela análise incidental de constitucionalidade de ato normativo derivado, além da análise de legalidade do ato normativo infralegal, assim como dos efeitos concretos nas relações jurídicas e fáticas existentes no âmbito da Subseção.

Com efeito, a presente ação civil pública não visa à apreciação da validade constitucional de norma em tese, mas o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, tornando-se lícito e possível promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público.

A análise de inconstitucionalidade/ilegalidade do ato normativo é mera questão incidental, não sendo objeto principal da ação, desprovida do condão de produzir efeitos *erga omnes*, não incidindo em hipótese de inadequação da via eleita, nem fazendo as vezes das ações típicas de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (a exemplo da ADI, ADC e ADPF) ou usurpação da função atribuída constitucionalmente ao STF ou ainda invasão da atividade legislativa que afronte a separação dos poderes.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I. A jurisprudência do STJ entende possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de ação civil pública, quando a controvérsia constitucional figurar como causa de pedir ou questão



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

prejudicial indispensável à resolução dopedido principal.2. Agravo interno não provido. [STJ, AgInt no REsp 1364679/MG, PRIMEIRA TURMA, Ministro SERGIO KUKINA, DJE 22/02/2019]

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA SENTENÇA. VIA ELEITA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO CRECHE. DESCONTOS. ART. 6º DO DECRETO Nº 977/1993. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 7.347/1995. [...] 3. Quando a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas, sim, como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal em torno da tutela do interesse público, é possível, em sede de ação coletiva, dentre as quais, a ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. [...] [TRF4, AC 5021303-42.2015.404.7200, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data da decisão: 26/04/2017]

No presente caso, o TRF4 decidiu em sede de agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000 que:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNAI. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 09/2020. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO INCIDENTAL DA VALIDADE DE ATO NORMATIVO. PREVENÇÃO. CONEXÃO. INOCORRÊNCIA - Conquanto esteja em discussão na ação de origem a validade da Instrução Normativa FUNAI 09/2020, constitui essa temática questão incidental, pois o objetivo principal é a manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas abrangidas pela competência da Subseção Judiciária de Passo Fundo no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivos processo de demarcação não estejam concluídos, bem como a consideração desta circunstância no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão de declarações de reconhecimento de limites. - Como o objeto do processo não é derrubada da IN nº 9/2020-FUNAI em si, não se cogita de ação contra ato normativo em tese, muito menos de efeitos atrativos por parte de ação que tramita no Distrito Federal questionando o próprio ato. Com efeito, a se entender assim, a vis atractiva se faria sentir em todas as situações em que diferentes demandas discutissem a hígidez de lei frente à Constituição. - No caso, permitido o controle difuso aos órgãos jurisdicionais, a eventual discrepância de entendimento, gerando decisões eventualmente contraditórias em relação a imóveis em situações assemelhadas, decorre do próprio sistema judiciário nacional, pelo que deverá, se for o caso, ser solucionada mediante ativação das ferramentas previstas no Código de Processo Civil. (TRF4, AG 5008878-39.2021.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 16/06/2021)

Portanto, restam afastadas as preliminares de inadequação da via eleita e incompetência do juízo.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

1.2. Ilegitimidade passiva da FUNAI e do INCRA

A FUNAI alegou sua ilegitimidade passiva, em razão de não possuir “atribuição legal de gerenciar, administrar, e controlar os dados armazenados no SIGEF e no SICAR”. Argumentou que não detinha competência para alimentar/administrar os mencionados sistemas. O INCRA, por sua vez, também alegou sua ilegitimidade passiva, porquanto seria “mero gestor do SIGEF, não lhe competindo a alimentação do sistema com dados cartográficos de imóveis públicos que se relacionam às competências de outros entes”. Referiu que “a alimentação do banco de dados do SIGEF com poligonais de terras indígenas não é feita pelo INCRA, mas pela FUNAI”.

Sem razão, contudo.

De acordo com a Lei nº 6.015/73 e o Decreto nº 4.449/2002 é de competência do INCRA a certificação do memorial descritivo da área cadastrada. Essa certificação indica que a poligonal objeto do memorial descritivo não está sobreposto a nenhuma outra área. Nesse sentido, é evidente a responsabilidade da autarquia federal quanto à realização adequada do procedimento a fim de emitir o certificado. Ademais, conforme o próprio INCRA apontou em sua contestação, é o gestor do SIGEF, de modo que é responsável por sua gerência e funcionamento, evidenciando o seu interesse na demanda.

Quanto à FUNAI, embora a base de dados do SIGEF seja gerenciada por este, cabe aos órgãos e entes públicos alimentar esse sistema, entre os quais a fundação indigenista, por ser a detentora das informações de identificação e delimitação de terras indígenas, bem como de áreas reivindicadas pelos indígenas. Ademais, a IN nº 09/2020, contra a qual se insurge o autor, foi expedida pela FUNAI.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

2. Mérito

O MPF postula que, em relação aos territórios indígenas localizados em municípios sob jurisdição da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, a FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e no SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, e o INCRA considere no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas, b)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Área em estudo de identificação e delimitação, c) Terra indígena delimitada, e d) Terra indígena declarada. Postula, ainda, que o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, providencie os meios técnicos necessários para o imediato cumprimento da decisão judicial.

No presente caso, a verificação da afetação concreta da restrição da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 sobre os direitos originários das comunidades indígenas sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas se deve perquirir se a regulamentação administrativa tem efeitos concretos sobre terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas localizadas no âmbito da Subseção de Passo Fundo e se observa ou não os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, conforme uma sociedade democrática na forma que segue:

a) se a regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a não inclusão de terras não definitivamente demarcadas (áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terra indígena declaradas) no SIGEF e no SICAR, ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) deve obediência aos princípios da legalidade que ordena o Estado a estabelecer de forma precisa os limites entre às propriedade particulares e as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas;

b) se a regulamentação administrativa, como ato normativo infralegal, resulta em violação concreta e imediata a direitos e situações de fato existentes no âmbito da Subseção de Passo Fundo;

c) se o conjunto da restrição administrativa, além de ter sido prevista em lei é não discriminatória e se não elimina ou obstaculiza o núcleo essencial de direitos fundamentais e humanos como o direito originário das comunidades ao uso e gozo às terras tradicionalmente ocupadas;

d) se a restrição administrativa é baseada em critérios razoáveis e racionais e se atende a um propósito útil e oportuno; se é necessária para satisfazer um interesse público imperativo; e se é proporcional e não atente contra a segurança jurídica.

Pois bem.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

O processo administrativo de demarcação da terra indígena, pertinente à sua identificação, delimitação, demarcação e homologação, é amparado e determinado pelos arts. 20, inciso XI, e 231 e seu § 1º da Constituição Federal e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ademais, é estabelecido pelos arts. 17 e 19 da Lei Federal nº 6.001, de 19.12.1973 - Estatuto do Índio, além de ser regulamentado pelos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96.

Mas é interessante notar que antes disso tudo o Alvará Régio de 1º de Abril de 1680 reservou alguns direitos indígenas dos chamados "primários e naturais senhores da terra" decretando por consequência a invalidade das sesmarias dadas sobre as terras indígenas em razão do caráter originário da posse, inspirando a teoria do indigenato dada a apropriação congênita que posteriormente terá influências nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, apesar de outros regimes instituídos, por um lado, na Lei Pombalina de 06 de julho de 1755 que assegurou inteiro domínio e pacífica posse das terras para gozarem delas e por outro lado, em 1850, na Lei Imperial nº 601 chamada de lei geral de terras públicas que pretendeu caracterizar como terras devolutas as terras destinadas ao usufruto indígena.

É perceptível no histórico legislativo que já havia proteção jurídica normativa do uso e gozo das terras indígenas por suas comunidades mesmo antes da Constituição Federal de 1988. Apesar do histórico ser relevante para a compreensão geral, se faz necessário verificar o âmbito jurídico de proteção vigente atualmente. Nessa linha, a Constituição Federal disciplina os direitos dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, nos seguintes termos:

Art. 20. São bens da União: (...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

(...)

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.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

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

Então, a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, evidenciando o direito de posse permanente (com domínio especial e destinação específica) e usufruto exclusivo. Assim, a Constituição Federal de 1988 marca expressamente três características essenciais:

I) Originariedade, sendo um direito mais antigo que qualquer outro, preponderando sobre direitos adquiridos, ainda que registrados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios, os quais se consubstanciam em atos nulos e extintos, conforme §6º do art. 231 da CF (ANJOS FILHO, 2011. p.936; LIPPEL, Alexandre Gonçalves. p.81; STF Petição 3388, AYRES BRITO. p.237);

II) Tradicionalidade relacionada ao valor cultural da terra, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições LIPPEL, Alexandre



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Gonçalves. p.82; STF Petição 3388, AYRES BRITO. p.236;

III) Ocupação permanente relacionada a necessidade de fundamentar a preservação destas terras para o futuro para que sejam suficientes para garantir o habitat dos indígenas e espaço necessário para a reprodução e desenvolvimento de estilo de vida das comunidades segundo sua cultura e tradições, com atividade produtiva e preservação de recursos ambientais (LIPPEL, Alexandre Gonçalves. p.83).

Já o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que "*a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição*".

A Lei Federal nº 6.001/73 - Estatuto do Índio, por sua vez, considerando os direitos originários dos índios às suas terras, estabelece a sua demarcação, nos seguintes termos

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Nesse contexto, é possível concluir que as terras indígenas identificadas e demarcadas, mesmo antes de concluído o processo de homologação, devem ser protegidas, tendo em vista o direito originário dos indígenas sobre tais áreas, sendo que, se o Estado brasileiro tivesse cumprido com o prazo previsto pelo ADCT da Constituição de 1988, todas as terras indígenas já teriam sido demarcadas e seriam usufruídas pelas comunidades indígenas. Ademais, no artigo 18, já era proibido qualquer ato ou negócio jurídico que restringisse o pleno exercício da posse direta pelas comunidades indígenas.

Ressalte-se, outrossim, que "*as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório*" (REsp 1.097.980/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1/4/2009). Assim, "*diante do efeito meramente declaratório da demarcação das terras indígenas, não*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

há falar em pretensão direito de propriedade do particular" (AgInt no REsp 1584758/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 04/06/2020).

Nesse sentido, cito ainda o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. IMÓVEL SITUADO DENTRO DE RESERVA INDÍGENA. NATUREZA DECLARATÓRIA DO ATO DE DEMARCAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA DE ITR. APRESENTAÇÃO DO ADA. AGRAVO RETIDO. 1. O ato administrativo demarcatório de reserva indígena não possui natureza constitutiva, mas declaratória, pois reconhece uma situação preexistente com base no direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o qual prepondera sobre os títulos de propriedade ou de legitimação de posse em favor de não índios, considerados nulos e extintos pelo art. 231 da Constituição Federal. (...) (TRF4 5002806-06.2013.4.04.7117, PRIMEIRA TURMA, Relator AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, juntado aos autos em 06/02/2017)

Contudo, a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020, ao prever, em seu §1º do art. 1º que “a Declaração de Reconhecimento de Limites se destina a fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas”, deixou à margem da norma a grande maioria das terras indígenas, as quais ainda não possuem regularização plena.

Portanto aqui já se verifica a manifesta antinomia da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 em relação aos artigos 17, 18, 19 e 65 da Lei Federal nº 6.001/1973 primeiramente por ser ato infralegal, e por conseguinte ao art. 231 da Constituição Federal ao excluir de antemão por ficção a possibilidade de realização e consideração da existência do direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente, eliminando controle informativos, impedindo registros e cadastros públicos e dificultando a continuidade de demarcações em curso e todas medidas prévias necessárias para sua efetiva realização, tem por consequência obstaculizar o próprio reconhecimento das terras indígenas.

Desse modo, é perceptível que **a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 possibilita a violação dos direitos das comunidades indígenas localizadas na Subseção Judiciária de Passo Fundo por eliminar a possibilidade de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, uma**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

vez que desconsidera de antemão demarcações em curso classificadas como por exemplo: a) áreas dependentes dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena; b) áreas delimitadas que são as terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena; c) declaradas que são as terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento. Apenas não seriam afetadas as Terras Homologadas que são as que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial; as Terras Regularizadas que são as terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União e; as Terras Interditadas que são as áreas interditadas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

Então, ao permitir a certificação em prol da propriedade privada com desconsideração das demarcações não finalizadas tem o efeito concreto de eliminar e impossibilitar o reconhecimento do direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por elas, afrontando o núcleo essencial deste direito e seu âmbito de proteção, agredindo a legalidade e a finalidade pública, afastando-se da necessidade e adequação da atividade administrativa a utilidade pública, gerando incertezas e conflitos com afetação em grau máximo da segurança jurídica assim como sem a correspondente satisfação segura de direito aos destinatários da regulamentação.

Veja que a Constituição Federal, ao prever no art. 231 o direito originário das comunidades indígenas as terras tradicionalmente ocupadas, estabeleceu direitos fundamentais aos povos indígenas como a posse permanente e uso e gozo dos recursos naturais como elemento essencial para a preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual. Assim, ao desconsiderar de antemão a possibilidade de reconhecimento destas áreas, a administração pública interfere e restringe em grau máximo a preservação da existência das comunidades indígenas localizadas na Subseção de Passo Fundo, assim como afeta as suas organizações sociais e culturais.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Ademais, registros em escrituras públicas ou cadastros governamentais ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios com violação ao regime destas terras são, conforme §6º do art. 231 da CF, considerados atos nulos e extintos.

Além da pretensão da administração pública violar a legalidade e a Constituição Federal **também há contrariedade às normas previstas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos** os quais vinculam a atividade administrativa do Estado Brasileiro.

Se observa que a **Convenção 169 da OIT prevê o direito humano originário às terras tradicionalmente ocupadas por indígenas**, nos artigos 13, 14 e 15, obrigando inclusive o Estado Parte a instituir procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados, conforme segue:

Convenção 169 da OIT

Art. 13. 1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.

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.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Além disso, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007, com relevante valor hermenêutico e referencial ético, estabelece um rol de formulações internacionais referente a relação que as comunidades indígenas tem com terras as tradicionalmente ocupadas em vários Estados, conforme se pode ver abaixo:

Artigo 25 Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuem ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Artigo 26 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refram.

Artigo 27 Os Estados estabelecerão e aplicarão, em conjunto com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, no qual sejam devidamente reconhecidas as leis, tradições, costumes e regimes de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente possuem, ocupam ou de outra forma utilizem. Os povos indígenas terão direito de participar desse processo.

Neste contexto, Kingsbury observa que há uma vasta gama de formulações legais internacionais as relações dos grupos indígenas com a terra, territórios e recursos que possuem e tradicionalmente ocupam e suas relações decorrentes (KINGSBURY, Benedct. *Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicação de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado*. IN: Direito a diferença. JUBILUT. Lilliana Lyra. p.127). Assim, primeiramente, é



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

perceptível que a Convenção 169 da OIT inaugurou uma nova fase de consideração dos direitos dos povos indígenas superando a visão estruturada nas ideias da tutela e da provisoriedade da condição de povos diferenciados prevista na anterior Convenção 107 da OIT. Também houve a superação das ideias de que os povos indígenas seriam um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social.

Antes da Convenção 169 da OIT imperava uma visão com enfoque, por um lado, culturalista etnocêntrico que manifestava certo grau de posição de hierarquia inferior da cultura indígena em relação às culturas nacionais majoritárias ou dominantes de modo que as práticas de integração e homogeneização cultural resultantes de políticas assimilacionistas eram consideradas como vantajosas para os indígenas e de outro lado, um enfoque estruturalista que via a questão indígena sob uma ótica econômica e não cultural, de modo autorizar a integração de acordo com os fundamentos de progresso econômico e desenvolvimento nacional (IKAWA. Daniela. Direitos dos povos indígenas. Igualdade diferença e direitos humanos. 2010. p.518). Ademais, a Convenção 107 da OIT de 1957, apesar de prever a proteção a direitos sociais trabalhistas dos indígenas e respeito a seus costumes ainda pressupunha a inferioridade e condição de estágios menos adiantados dos indígenas, atribuindo ao Estado as políticas sistemáticas de tutela e integração progressiva à vida das sociedades dos respectivos países.

Assim, o sistema normativo anterior a Convenção 169 da OIT, seja nas legislações nacionais, seja na Convenção 107 da OIT, manifestava características assimilacionistas ou integracionistas cuja pretensão imediata era o silenciamento e disciplinamento e a pretensão mediata seria levar os diferentes povos e grupos ao abandono de sua essência cultural. Em um contexto de pressão dos movimentos indigenistas a partir das décadas de 60, 70 e 80 pelo reconhecimento dos direitos à diferença e as críticas à orientação integracionista da Convenção 107 da OIT resultou na elaboração da Convenção 169 da OIT, celebrada em 1989, que instituiu obrigações aos Estados signatários para com os povos indígenas e representou novas molduras conceituais em respeito e consideração a direitos a diferença dos povos indígenas, suas crenças, seus costumes, reconhecendo o controle sobre suas instituições, formas de vida, desenvolvimento econômico e a manutenção definitiva de suas identidades, línguas, religiões dentro dos Estados em que vivem.

Então, a Convenção 169 da OIT e conseguinte Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007 representaram um marco internacional para efetividade do reconhecimento jurídico das terras tradicionais e da juridicidade de seus costumes e proporcionou a formação de uma metodologia de fundamentação jurídica multicultural centrada na alteridade concreta



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

e coerente com um sistema comunitário mais fraterno de modo a preservar o núcleo essencial do direito a diferença cultural/existencial dos povos indígenas e remover o assimilacionismo e a tutela integracionista.

Ademais, é perceptível que a Convenção 169 da OIT não menciona proteção e integração. Outra diferença importante é que a Convenção 169 da OIT não fala meramente de populações tribais e semitribais como fazia a Convenção 107 da OIT. Assim, a Convenção 169 se refere a povos indígenas e tribais, reconhecendo que a consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como um critério fundamental para determinar aos grupos a que se aplicam as disposições da Convenção. Todavia, a própria Convenção 169 menciona que a utilização do termo povos não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a este termo no direito internacional, ou seja, não haverá reflexo no perdimento da soberania dos Estados partes.

Todo esse bloco concatenado de proteção está relacionada a cinco vetores normativos do direito nacional, internacional e comparado, conforme o jurista internacional Benedict Kingsbury: *1. Reivindicação de direitos humanos e não discriminação, 2 reivindicação de direitos de minorias; 3 reivindicação baseada em autodeterminação; 4. reivindicações baseadas na soberania histórica; 5. Reivindicação como povos indígenas baseados em tratados ou outros acordos entre povos indígenas e Estados.* (Kingsbury, Benedict. *Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado.* NYU Journal of International Law and Politics, 34, 2001.p 189.)

Importante ressaltar que diante da pluralidade de normas é tarefa do jurista de coordenar estas fontes, considerando o que elas dizem e aplicando o que Erik Jayme chama de “diálogo das fontes”, através do qual as normas dialogam entre si, a fim de obter a efetividade de sistemas autônomos de proteção, aponta um procedimento hermenêutico que caminha em uma nova direção, deixando de lado a exclusão para dar lugar à coexistência, deixando de lado a intransigência a fim de aceitar o diálogo.(MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes.* 2008. p. 24 e 148).

Verificando, esse específico bloco concatenado de garantias internacionais de direitos dos povos indígenas e sua vinculação ao direito originário às terras tradicionalmente ocupadas é interessante ver a posição das Cortes Internacionais.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou a ligação espiritual e cultural dos indígenas com as terras tradicionalmente ocupadas, pois a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde, na moldura do artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT., uma forma de vida particular de existência, vivência e compreensão, constituída a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seus principais meios de subsistência, mas também porque constituem em elementos integrantes de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural (Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença de 17 de junho de 2005). Aponta também a Corte Internacional a relação existencial da comunidade indígena com o reconhecimento do direito coletivo a terra tradicional indígena. O fato de não ser garantida a possibilidade de reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas aos indígenas, colocam estes em condições desumanas sem acesso aos bens de necessidade primária, como por exemplo acesso a alimentação adequada e água potável. Em decorrência disso, é diretamente afetada a existência digna e as condições básicas para o exercício dos demais direitos.

Inclusive, a Corte Interamericana ressaltou a importância da terra para a Comunidade indígena na relação as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Segundo a Corte, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas (§134 e §135 da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai).

Além disso, se mostra interessante que a Corte Interamericana de DH considerou que o conflito do direito de propriedade da comunidade indígena com o direito de propriedade privada dos atuais ocupantes da terra traz primeiro a necessidade de perceber que o reconhecimento da terra indígena envolve o conceito de originariedade deste direito, tendo em vista que o caráter histórico da ocupação indígena lhe traz uma condição de precedência e maior antiguidade a qualquer outro direito de propriedade atual, inclusive seu fundamento precede a própria ordem jurídica. Também para doutrina, trata-se de verdadeiro direito congênito que aliado a ocupação tradicional e permanente reconhecida por perícia antropológica traz a consequência que o reconhecimento



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

deste direito a favor dos índios prepondera sobre direitos de propriedade daqueles que atualmente ocupam a terra, ainda que com os respectivos registros. (LIPPEL. Alexandre Gonçalves. 2014. p.81).

Já no caso **Maygna (Sumo) Awas Tingni Community VS Nicarágua**, CIDH faz uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos e apontou que entre os povos indígenas **existe uma tradição comunitária em relação a uma forma de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade não é centrada no indivíduo, mas sim no grupo e sua comunidade** (§149 da Sentença da Corte). Além disso, no caso **Dann VS United States (2002)** a Comissão Interamericana de DH ampliou essa interpretação.

No caso **Lhaka Honhat VS Argentina** a CIDH decidiu em 6.02.2020 que **além do direito à propriedade comunitária indígena também há a autonomia de direitos econômicos sociais e culturais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana, como direito a identidade cultural e diversidade, o direito a água e alimentação adequada e o meio ambiente sadio equilibrado, os quais tem força normativa, são vinculantes e cuja satisfação devem contemplar os hábitos culturais, costumes e tradições da comunidade indígena, respeitando sua especial relação com a terra, sua pluralidade e diversidade, sem pressões de integração compulsória a cultura não indígena. Todos esses direitos se relacionam ao direito coletivo a terra (propriedade comunal, uso ancestral e atual da terra) e podem ser justiciabilizados e reinvidicados em face das instituições públicas, inclusive da Corte Interamericana. Nesta linha o reconhecimento da propriedade comunitária deve permitir a comunidade indígena continuar com suas pautas socioeconômicas de subsistência e suas formas especiais de vida.**

Assim, se a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 simplesmente desconsidera as demarcações em andamento e reivindicações de terras em curso de antemão por meio de presunções fictas, então **há indícios claros de violação a legalidade, a Constituição Federal e Tratados Internacionais, seja porque viola os deveres de não intervenção excessiva nestes direitos ou porque atua em direção a impedimento, prejuízo e eliminação aos exercício destes direitos juridicamente protegidos.** De outro lado, a não adoção de medidas governamentais adequadas e necessárias para garantir o uso e gozo efetivo das terras ocupadas tradicionalmente por parte das comunidade indígenas localizadas no âmbito da subseção tem o potencial de ameaçar o livre desenvolvimento e a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais, assim como não protege suficientemente nem o núcleo essencial destes direitos.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Ademais, se verificando que a regulamentação tem o **efeito concreto de restrição e obstaculização sobre direitos das comunidades indígenas da Subseção** conforme aqui relatado isso é algo a ser considerado na prestação jurisdicional de um caso específico de ação civil pública, uma vez que a própria efetividade da tutela pelo Estado manifestada pela concretização material dos próprios direitos garantidos pelos tratados de direitos humanos e direitos fundamentais previstos na Constituição, não tem sua suficiência na mera previsão declaratória e abstrata de tais pretensões no direito internacional e interno, mas a realização de fato dos direitos por procedimentos adequados e equitativos, inclusive diante de sérias restrições governamentais e regulamentações administrativas de exclusões de direitos per se que afetam imediatamente no plano fático o exercício dos direitos, de modo que a simples ausência de jurisdição resultaria no fato de que tais direitos perderiam qualquer razão de significado em termos de justa e efetiva proteção.

Nesta linha, a análise da intervenção concreta da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 nas áreas localizadas no âmbito da Subseção enseja a análise do grau de afetação ao núcleo essencial do direito fundamental originário das comunidades indígenas ao uso, gozo e das terras tradicionalmente ocupadas por elas, seja sob o enfoque do preceito da proibição de excesso que consagra um feixe de competências negativas que envolvem o direito à não intervenção ou impedimento de ações ou de certas faculdades jurídicas, o direito à afetação não arbitrária ou à eliminação de bens legais e posições legais permitidas, que garantam a proteção da vida e existência concreta de cada comunidade indígena, preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual por meio do reconhecimento de posse permanente, uso e gozo destas áreas que proíbem a interferência em posições legais invioláveis destes núcleos essenciais de existência, fruição e identidade cultural (sem impedimento ou discriminação).

De outro lado, o preceito da proibição da proteção insuficiente confere competências positivas destinadas a assegurar e promover a dignidade humana sob o enfoque do direito a diferença e alteridade existencial que compreende a existência coletiva das comunidades indígenas e individual de seus membros, a identidade cultural e uso e gozo dos bens móveis e imóveis, elementos corpóreos e incorpóreos essenciais para reprodução física e espiritual, mediante prestações estatais e valorização positiva das diferenças culturais, com enfoque em uma igualdade libertadora e direitos diferenciais de um projeto de desenvolvimento plural e emancipador.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Desse modo, quanto ao aspecto deontológico, é observável, que de um lado os direitos fundamentais negativos com suas posições jurídicas permissivas (*Erlaubnisnorm*), de proteção a bens jurídicos (*Schutzgut*) e de não intervenção (*Eigriff*) ou impedimento (*Hinderung*) ou prejuízo (*Beeinträchtigung*) e eliminação (*Beseitigung*) a estas posições tem os conteúdos deontológicos de dar, não fazer ou fazer próprios de normas que criam direitos subjetivos. De outro lado, os direitos sociais e culturais obrigam segundo um mandamento de promoção e ação (*Handlungsstufe*) que detém o conteúdo deontológico de dar, fazer e algumas vezes, inclusive, de não fazer que permitem a exigibilidade de tais direitos. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 1997. p. 222 ss y 294. Também BOROWSK, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. P. 146-151.)

Nessa linha, a garantia, concretização e promoção dos direitos negativos que exigem abstenção e limitação do Estado se analisam sobre o enfoque do postulado da proibição do excesso (*Übermaßverbot*). (BOROWSK, Martin. 1998, p.115, in apud: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. p 76.) Já os direitos sociais e culturais a garantia de proteção/promoção se realiza por meio do enfoque da proibição da proteção insuficiente ou da não suficiência (*untermaßverbot*). (SILVA, Virgilio Afonso. *Op. Cit.* p.28 BOROWSK, Martin. *Op. cit.* 120 e 151.)

Desse modo, a questão também pode ser vista por uma metodologia coerente, racional e concatenada, dividida em fases e orientada pela proporcionalidade para a verificação se há em concreto um impacto desproporcional da regulamentação administrativa e atividade pública decorrente sobre direitos indígenas e pretensões sobre áreas sob as quais há procedimentos preparatórios ou em andamento de demarcação em curso. Desse modo, segue a fundamentação para verificação se a restrição administrativa aos direitos indígenas é ou não baseada em critérios razoáveis e racionais e se atende ou não a um propósito útil e oportuno; se é necessária ou não para satisfazer um interesse público imperativo; e se é ou não proporcional.

Quanto a adequação a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 ao desconsiderar as terras indígenas em processo de demarcação restringe de forma inidônea e confusa ao não regulamentar claramente a possibilidade de reconhecimento das terras em processo de demarcação, assim como estimula ambiguidades ao sobrepor a propriedade privada sobre terras em curso de demarcações, de modo que retirando as condicionantes e especificações existentes na regulamentação anterior favorece uma aplicação arbitrária e discricionária que



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

restringe excessivamente e indevidamente a possibilidade de reconhecimento do direito originário a posse permanente e ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente.

Ademais, ao mesmo tempo em que restringe, dificulta e até exclui a possibilidade de conclusão dos processos demarcatórios estimulando conflitos agrários, também não tem potencial de satisfazer com certeza jurídica os direitos de propriedades privadas dos particulares porque ao invés de respeitar limites realiza sobreposições indevidas geradoras de ambiguidades, contradições e multiplicidades de versões e estatutos jurídicos com repercussão em ações possessórias e sucessivos negócios jurídicos intensificando com grau acentuado de incertezas e imprevisibilidades a insegurança jurídica e evidenciando ineficiência estatal, o que demonstra a manifesta inadequação da regulamentação administrativa e imediatos procedimentos de certificação.

A regulamentação administrativa na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 simplesmente ao ignorar as demarcações em curso, diversamente das condições e especificações da regulamentação administrativa anterior **evidencia a restrição excessiva a núcleo essencial do direito fundamental e humano sem atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo.**

A afetação de forma negativa ao direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente e o dificultamento e neutralização da possibilidade de conclusões de demarcações mostram que a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 se constitui em restrição indevida e discriminatória ao exercício daquele direito e um limite desnecessário a satisfação dos direitos envolvidos, uma vez que alternativamente a regulamentação anterior (Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2012) considerava de forma mais abrangente todas as circunstâncias e condicionantes a certificação da propriedade privada com respeito e sem desconsideração de áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terras indígenas declaradas, inclusive com possibilidade de registros no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivos processos de demarcações não estivessem concluídos, bem como a não desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Logo, a própria regulamentação administrativa anterior (Instrução Normativa nº 3/2012) evidencia a existência de alternativas e atividades administrativas disponíveis menos invasivas ao direito constitucionalmente protegido de uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente e não exclusão de antemão das possibilidades de conclusões das demarcações em curso, assim como não permitindo a geração de incertezas e inseguranças com o incentivo de sobreposições de propriedades, cujos meios menos agressivos se mostram mais capazes de alcançar os fins almejados, o que denota que a atual regulamentação administrativa é desnecessária e invade demasiadamente os direitos humanos e fundamentais protegidos.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito se observa que a aferição do efeito concreto da restrição prevista na regulamentação administrativa com presunção favorável a imóveis privados conflita com o âmbito de proteção do direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente por impedir de antemão a possibilidade de reconhecimento deste direito nos termos do art.231 da CF, artigos 13, 14 e 15 da Convenção 169 da OIT e artigos 17, 18, 19 e 65 da Lei Federal nº 6.001/1973.

Ocorre que as ambiguidades, incertezas e multiplicidade de efeitos jurídicos da ficção jurídica de presumir fictamente pela certificação de que os limites do imóvel privado respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas, também desconsiderando de antemão as áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terras indígenas declaradas e não permitir a possibilidade de registros no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivo processos de demarcações não estejam concluídos, bem como não considerar as referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL), não tem o potencial por si só de satisfazer desde logo por impossibilidade jurídica os direitos de propriedades privadas dos particulares porque ao invés de delimitar corretamente o direito, realiza recortes imprecisos com repercussão em ações possessórias e sucessivos negócios jurídicos com frontal nulidade nos termos do §6 do art.231 da Constituição Federal, cuja insegurança jurídica compromete a própria satisfatividade do direito que se pretendia realizar, de modo que a dimensão de peso e importância da respectiva regulamentação administrativa restritiva deve ser considerado em grau leve/leve.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

De outro lado, o prejuízo causado pela intensidade da intervenção no direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente se dá em grau máximo já que afeta o seu núcleo essencial por comprometer de antemão a possibilidade de realização e consideração destes direitos por controle informativos, registros e consideração da continuidade de demarcações em curso e todas medidas prévias necessárias para sua efetiva realização, impedindo assim o próprio reconhecimento das terras indígenas, interferindo e restringindo em grau máximo a preservação da existência das comunidades indígenas localizadas na Subseção de Passo Fundo e afetando os direitos fundamentais de elevado grau de dimensão e importância dos povos indígenas a posse permanente e ao uso e gozo dos recursos naturais como elemento essencial para a preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual, colocando-os em condições desumanas sem acesso aos bens de necessidade primária, como a alimentação adequada e água potável.

Assim, a existência digna das comunidades e as condições básicas para o exercício dos demais direitos, na forma prevista na Constituição Federal, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e legislação nacional conferem maior grau de dimensão e importância para consideração dos direitos indígenas de modo a justificar a sua prevalência jurídica, além da originariedade, e assim não ser afetada pela restrição prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020.

Assim, se conclui que regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a atividade administrativa decorrente não é baseada em critérios razoáveis e racionais, assim como não atende a um propósito útil e oportuno, sendo absolutamente desnecessária para satisfazer um interesse público imperativo, além de ser manifestamente desproporcional.

Além disso, a análise da finalidade da atividade administrativa no presente caso resultam em frontal contrariedade aos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Nessa linha, é preciso perceber que a finalidade da atividade administrativa é por sua vez preestabelecida em lei. Toda atividade administrativa possui como fim último o interesse público, mas terá uma finalidade imediata predefinida na norma jurídica. Rafael Maffini destaca dois aspectos da finalidade da atividade administrativa, uma abstrata e outra concreta. A finalidade



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

abstrata, geral ou mediata (interesse público em sentido geral) impõe a Administração a busca da satisfação dos interesses da coletividade, sendo vedado a ação administrativa para beneficiar interesses privados. Se ela agir de forma a satisfazer interesse privado estará viciado o ato por desvio de finalidade. Entretanto, quando a coincidência na satisfação do interesse público com a do interesse privado não haverá desvio de finalidade. Já de outro lado, a finalidade concreta, específica, imediata ou legal (interesse público específico) dos atos administrativos deve ser vista sob um conceito mais amplo e variável de interesse público, havendo vários interesses públicos que até podem ser colidentes entre si. Em suma, “a Administração pública deve observar não só o interesse público, abstratamente considerado, como também o interesse público para qual o ato foi praticado, sob pena de ter uma conduta inválida por desvio de finalidade” (MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p.110 a 111).

Conforme bem salientado pelo MPF, ao transcrever trecho da Informação Técnica nº 26/2019/ASSTEC-FUNAI, "*aos agente público(s) não é facultada a prerrogativa de abrir mão dos poderes instrumentais voltados, de maneira vinculada, para a consecução de um determinado fim previamente estabelecido por normas constitucionais e infraconstitucionais - Ao administrador público não é facultada a prerrogativa de gerir o Estado desvinculado do interesse público primário (estabelecido materialmente a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais); • Ao administrador público veda-se dispor livremente dos deveres entregues pelas normas constitucionais e infraconstitucionais; e • Ao administrador público é imposto o dever de zelar pelo interesse público (compreendido a partir do materialmente delineado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais)*".

Assim, a finalidade da atividade administrativa deve observar o igual respeito e consideração em relação aos administrados. E neste âmbito de análise da igualdade se faz interessante as observações de Canotilho no sentido de que à concretização do princípio da igualdade pode se realizar em três planos: a) Proibição do arbítrio (genérico) que impede diferenciações que não se baseiem num fundamento sério; num sentido legítimo e sem um fundamento razoável; b) Proibição da discriminação (concreto) que indica que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social; c) Obrigação de diferenciação (discriminação positiva) que visa contrabalancear uma desigualdade de fato para igualar direitos conforme as



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

características concretas de cada indivíduos ou grupos para garantir uma igualdade substancial (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 407 e 424 a 430).

Além disso, se mostra evidente a relação entre justiça social e igualdade e a necessidade da de não haver desconsideração, ocultamento das situações de fato e de direitos dos diferentes grupos que compõe a sociedade, como é o caso das comunidades indígenas. Aqui é interessante fazer alguns apontamentos paralelos sobre a justiça social e sua relação com a igualdade. Numa visão bidimensional de redistribuição e reconhecimento defendida por Nancy Fraser, a justiça social envolve por um lado a inclusão social e por outro a não integração ou não assimilação a sociedade majoritária, uma vez que remete a direitos de distribuição de recursos e garantias sociais necessários a amenização dos efeitos da produção de desigualdades e direitos de reconhecimento que envolvem a valoração positiva da diferença de pessoas, grupos e etnias que monta um principio geral de proteção identitária e proibição da valoração negativa que informa o principio de não discriminação.(FRASER. Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça*. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 167-172.)

Neste âmbito de relação do público com a igualdade é preciso salientar que a noção geral desse princípio pressupõe um valor relacional da pessoa humana como ser genérico pertencente a uma classe e direito em progressiva construção (BOBBIO. *Igualdade e liberdade*. 1997, p.13.), cujo sentido tem conotação histórica, social e valorativa, cujos amplos enfoques se manifestam na igualdade jurídica (isonomia), igualdade política (isegoria), igualdade no acesso ao exercício de funções (isotimia), igualdade na destinação das políticas públicas (impessoalidade), igual respeito e consideração, igualdade de condições e oportunidades, igualdade de posição, igualdade econômica ou material e inclusive igualdade ao reconhecimento da diferença, cuja categoria é relacionada também a fraternidade que mantém a relação de igualdade e diferença existencial num estagio de convivência pacífica, justa e solidária entre diferentes pessoas, grupos e povos dentro de certos campos espaciais e temporais e no resguardo de direitos coletivos e culturais dos povos, poli-étnicos e das minorias.

Assim, se a finalidade da atividade administrativa se afasta da impessoalidade e da igualdade sob os múltiplos enfoques tratados acima, passando por atribuições ficcionais que desconsideram a existência das questões relativas às terras tradicionais e os processos de demarcação em andamento, o agente público age em prol de direitos privados, desconsiderando



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

os direitos humanos e fundamentais indígenas previstos nos Tratados de Direitos Humanos e na Constituição Federal, assim como na legislação ordinária, violando, por consequência, o interesse público e a igualdade, de modo que não há outro caminho além de concluir pela ilegalidade do ato administrativo normativo em questão.

Além disso, se verifica violação aos princípios da segurança jurídica e da publicidade, no momento em que a IN nº 09/2020 desconsidera as áreas formalmente reivindicada por grupos indígenas, as áreas em estudo de identificação e delimitação, as áreas de Terra indígena delimitada, e as áreas de Terra indígena declarada. Com efeito, ao se validar a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) e de regularidade ambiental sem considerar as áreas mencionadas, além da segurança jurídica, afronta-se o disposto na própria Constituição Federal, em seu artigo 231, em especial no §6º que estabeleceu que são nulos todos os atos (inclusive atos administrativos normativos) com pretensões de legitimação de domínio ou posse em favor de não indígenas sobre terras dessa natureza, com efeitos em registros, escrituras e cadastros públicos, assim como modifica o programa de diretrizes constitucionais para realizações de marcações se considerarmos o prazo de cinco anos previsto tanto no art. 67 do ADCT, quanto, anteriormente, ainda na era pré-constitucional, no Estatuto do Índio (art. 65).

Assim, mostra-se temerário permitir a emissão de Declaração de Reconhecimento de Limites de propriedades privadas sobrepostas a terras indígenas em processo de homologação, independentemente do argumento que se use.

Repita-se, se os processos de demarcação de terras indígenas já ultrapassaram em muito o prazo estabelecido tanto na era pré, quanto na era pós Constituição, não se pode admitir que, em face desta morosidade, seja tolhido o direito originário dos indígenas sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, cuja mora não deram causa.

Outrossim, a IN nº 09/2020 inevitavelmente conduzirá ao aumento dos conflitos agrários nessas áreas, entre indígenas e pretensos possuidores, uma vez que cria expectativa de direitos aos particulares (não-indígenas) de que a área por eles pretendida ou ocupada é legítima, quando potencialmente há grande probabilidade de perdê-las após a conclusão do processo de demarcação.

A única forma de garantir segurança jurídica até que o processo de demarcação seja concluído é por meio do registro da reivindicação e das áreas ainda em processo de demarcação no SIGEF.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Nesse sentido, pertinente transcrever o seguinte trecho de decisão exarada pelo Juízo da Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Itaituba-PA, ao deferir tutela de urgência em ação análoga ao dos autos, o qual ora adoto como razão de decidir (Ação Civil Pública nº 1000826-56.2020.4.01.3908)1:

A FUNAI utilizou sua “ineficiência” em concluir os processos de demarcação de terras indígenas para onerar os povos tradicionais, retirando deles a segurança jurídica de alcançar o direito originário as terras ocupadas por eles, por meio da homologação, o que lhes é garantido pela Constituição Federal.

A IN 09 da FUNAI não resolve o problema original enfrentado pelos indígenas no Brasil nem o dos possuidores de lotes rurais, lentidão no processo de demarcação de terra indígena, pelo contrário, com a justificativa de proteger o direito de propriedade de particulares, fere o direito originário de posse dos índios. Ainda, transfere o ônus da ineficiência para os povos indígenas.

Não se deve esquecer que os possuidores também têm o direito de receber por parte do Estado uma resposta em prazo razoável, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, ao requerer a regularização dos lotes rurais conforme os requisitos legais, mas essa não é a opção adotada pela IN 09.

Ademais, é importante destacar que a IN 09, tal como redigida, pode aumentar os conflitos agrários nessa região (opondo indígenas e possuidores), pois criam expectativa de direitos aos particulares (não-indígenas) de que a área por eles ocupada é legítima, quando na verdade podem perde-las após a conclusão do processo demarcação, o que poderá gerar ônus a administração pública (Indenização), já que todos os negócios jurídicos praticados terão sido nulos.

Cito, ainda, o seguinte trecho de decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Mato Grosso, nos autos da ação civil pública nº 1007376-21.2020.4.01.3600, que visa assegurar a manutenção e/ou inclusão de todas as Terras Indígenas do Estado de Mato Grosso no SIGEF e no SICAR2:

(...) a nova norma inserida pela IN/9 da FUNAI, ao excluir as áreas citadas pelo MPF, como as que estão em estudo, acabou por nulificar inconstitucionalmente essa proteção, reconhecendo a validade de propriedade privada onde talvez ela não exista.

Essa atitude além de ferir a proteção aos indígenas, coloca em risco os particulares que criarão uma expectativa falsa sobre a propriedade, que depois pode vir a não ser realmente reconhecida. Isto também pode gerar inúmeras ações indenizatórias contra a União, por reconhecer como privada área que depois se mostre como indígena.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

O MPF lista as áreas/terras que pretende que a FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as Terras Indígenas do Estado de Mato Grosso em processo de demarcação), e, ainda, que o INCRA leve em consideração, no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, as terras/áreas nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;*
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;*
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);*
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);*
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.*

Importante destacar que em cada uma das áreas/terras elencadas na lista do MPF acima indicadas há o real risco apontado em linhas anteriores de criar uma expectativa falsa aos particulares acerca da sua propriedade, pois em todas as áreas destacadas pelo MPF há pedido de reconhecimento por parte dos indígenas ou pelo menos há estudos sobre o referido reconhecimento.

Nesse contexto, qualquer documento que venha a ser emitido pela FUNAI nessas condições é essencialmente um documento falso, que terá o significado de não existir terras indígenas onde, na verdade, pode haver. O resultado será muito danoso aos indígenas e aos particulares envolvidos, pois se for reconhecida a terra com indígena, administrativa ou judicialmente, todos os negócios jurídicos praticados terão sido nulos, com extensas consequências patrimoniais e indenizatórias.

Então, a regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a não inclusão de terras não definitivamente demarcadas (áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terra indígena declaradas) no SIGEF e no SICAR, ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e permissão de certificação para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) em prol da propriedade privada com desconsideração das demarcações não finalizadas tem o efeito concreto de eliminar, prejudicar e dificultar o reconhecimento do direito das



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por elas, afetando o núcleo essencial deste direito e o alcance e extensão de seu âmbito de proteção por dificultar e impedir o seu exercício, agredindo a legalidade, a finalidade pública impessoal, afastando-se da necessidade e adequação da atividade administrativa a uma utilidade pública, gerando incertezas e conflitos com afetação em grau máximo da segurança jurídica, assim como sem a correspondente satisfação segura de direito pretendida aos destinatários da regulamentação.

Diante de todos esses fundamentos que este juízo deferiu a tutela de urgência, uma vez que presente tanto a probabilidade do direito alegado, quanto a urgência da medida postulada, ressaltando, ainda, em relação a esta, que o perigo de dano é evidente diante do vasto território existente nas cidades sob jurisdição desta Subseção, que, com a aplicação do disposto na IN nº 09/2020, *não seria considerado Terra Indígena, sendo retirado do SIGEF e ocultado do sistema de gestão fundiária*, prejudicando ainda mais as condições de vida e tradições culturais das populações indígenas afetadas.

Logo, por todos esses argumentos, ratifico a liminar concedida por ser juridicamente necessária a suspensão imediata da aplicação da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e de todos os efeitos dela decorrentes nas atividades administrativas no âmbito da Subseção Judiciária de Passo Fundo, conforme transcrito abaixo:

Ante o exposto, DEFIRO A LIMINAR POSTULADA para, suspendendo os efeitos e a aplicação da Instrução Normativa/FUNAI N° 09/2020 em relação à área abrangida pelos municípios sob jurisdição da Subseção de Passo Fundo/RS, determinar que:

a) A FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada; e

b) O INCRA leve em consideração no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada.

Deverão os réus, no âmbito de suas competências, em especial o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF, providenciar os meios técnicos necessários para o imediato cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.(E 15 - DESPAC1)

Observo que não houve mudança na situação fática desde o deferimento da liminar pelo que mais veio aos autos após esta decisão, nem há outros elementos indicativos de que as coisas não tenham mesmo assim se passado. Muito pelo contrário. Tal decisão foi confirmada pelo TRF4 no agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000.

Então, bem solvido o litígio naqueles termos provisórios iniciais, confirmo aquela decisão liminar pelos próprios fundamentos aqui transcritos, definitivizando, assim, aquelas impressões primeiras havidas em juízo de cognição sumária, porquanto confirmadas e suficientes para um julgamento de procedência dos pedidos.

III - Dispositivo

Ante o exposto, **rejeito** as preliminares arguidas e, no mérito confirmo a decisão liminar do E15 e **JULGO PROCEDENTES** os pedidos do Ministério Público Federal formulados nesta Ação Civil Pública para reconhecer, incidentalmente, a nulidade da Instrução Normativa/FUNAI n. 09, de 16 de abril de 2020, publicada na edição de 22 de abril de 2020 do Diário Oficial da União, e afastar sua aplicação **em relação à área abrangida pelos municípios sob jurisdição da Subseção de Passo Fundo/RS, determinando que:**

a) A FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada; e

b) O INCRA leve em consideração no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada.

c) condenar a FUNAI e o INCRA a revogar quaisquer atos ou declarações adotadas com base na IN 09 de 2020, nas terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS.

Deverão os réus, no âmbito de suas competências, em especial o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF, providenciar os meios técnicos necessários para a manutenção do cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.

Sem custas e honorários.

Intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 19 da Lei 4.717/65. Oportunamente **remetam-se** os autos ao Egrégio TRF da 4ª Região, independentemente de recurso voluntário.

Documento eletrônico assinado por **FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA, Juiz Federal Substituto**, 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.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **710014341975v32** e do código CRC **52504131**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA
Data e Hora: 22/11/2021, às 19:6:3

5006915-58.2020.4.04.7104

710014341975.V32