

**OBSERVATÓRIO DE PROTOCOLOS AUTÔNOMOS
CENTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL
(CEPEDIS)
INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA)**

**DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS AO DIREITO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA
E INFORMADA JUNTO AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
(TRF3)**

BRASÍLIA, 2023

Sumário

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA nº. 0006156-95.2012.4.03.6100/SP (2012.61.00.006156-9/SP)	3
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006563-04.2012.4.03.6100/SP 2012.61.00.006563-0/SP	14
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007766-30.2000.4.03.6000/MS (2000.60.00.007766-4/MS)	22
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001914-06.2011.4.03.6108/SP (2011.61.08.001914-5/SP)	38
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001650-79.2012.4.03.6002	42
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003271-09.2020.4.03.0000	66
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5026986-80.2020.4.03.0000	71

**APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA nº. 0006156-95.2012.4.03.6100/SP
(2012.61.00.006156-9/SP)**

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : SPDM ASSOCIACAO PAULISTA PARA O
DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA
ADVOGADO : SP235020 JULIANA ANNUNZIATO CAMPIONI
APELADO(A) : MONICA RODRIGUES DE SOUSA
ADVOGADO : GO022851 ALEXSANDRO DE CASTRO LOPES DOS
SANTOS e outro(a)
PARTE RÉ : ANNA PAULA MENDES BRITO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00061569520124036100 2 Vr SAO PAULO/SP

Publicado em 16/08/2016

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO NÃO PREVISTO NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.

1. O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

2. Pretende a impetrante assegurar a posse no cargo de Farmacêutico - Bioquímico do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a consequente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos regramentos do Edital nº 05/2011.

3. Verifica-se que impetrante, de acordo com a documentação carreada aos autos, não impugnada pela autoridade impetrada, obteve terceira colocação (fl. 28). No entanto, a impetrada convocou a primeira colocada e a nona colocada para prosseguirem no processo seletivo e apresentarem a documentação para tomar posse (fl. 31), pautada na Convenção nº 169 da OIT e na análise e aprovação dada pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena.

4. Em que pese a observância da Convenção nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito restam claro que a impetrada não fez constar do edital a aprovação prévia do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169.

5. Consolidada a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal, no sentido de ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital

6. Em se tratando de pessoa jurídica, a concessão do benefício da justiça gratuita ocorrerá nos casos em que estiver comprovado, com elementos satisfatórios, que a requerente não possui condições de arcar com as custas processuais, não bastando, tão somente, mera declaração. Nesse sentido a Súmula nº 481/STJ: *"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais"*.

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela SPDM ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA contra a sentença (fls. 226/230 e 238/239), que concedeu a ordem em sede de mandado de segurança impetrado por MÔNICA RODRIGUES DE SOUZA, objetivando assegurar a posse no cargo de Farmacêutico - Bioquímico do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a consequente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos regramentos do Edital nº 05/2011.

Narra que a seleção dos profissionais no Certame nº 05/2011 foi feita através da análise curricular e, tendo sido inscrita neste certame, preenchidos todos os requisitos, obteve o terceiro lugar. Para o cargo, havia 02 (duas) vagas disponíveis. Alega que a primeira colocada optou por não tomar posse e a autoridade impetrada, ao invés de convocar a impetrante, chamou a nona colocada para tomar posse no cargo vago.

Deferida em parte a liminar (fls. 147/148), suspendendo a convocação da candidata classificada em nono lugar, garantindo a vaga da impetrante, terceira colocada.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 58/144.

Devidamente citada a corré, Anna Paula Mendes Brito (nona colocada no concurso), deixou de apresentar contestação, tendo sido decretada revelia (fl. 222).

A r. sentença julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para declarar o direito líquido e certo da impetrante, classificada em terceiro lugar na Seleção de Pessoal realizada pelo Edital SPDM Matriz nº 05/2011, para tomar posse no cargo de Farmacêutico - Bioquímico do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, bem como declarar a nulidade da convocação levada a efeito, tão somente em relação à candidata classificada em nono lugar. Indeferida justiça gratuita, requerida pela autoridade coatora. Submeteu-se o r. *decisum* ao reexame necessário.

Em razões recursais (fls. 241/260), sustenta a impetrada que o edital de recrutamento impugnado não se refere à seleção pública ou concurso público, mas ato produzido por particulares. Aduz, também, que o ato de classificação e convocação atendeu à Convenção nº 169 da OIT, ao art. 198, inciso III, da CF, à Lei nº 8.080/90 e, inclusive a recomendação do Ministério Público Federal, sendo certo que eventual interesse individual da impetrante não pode se sobrepor ao direito coletivo dos povos indígenas.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opinou pela reforma da sentença (fls. 296/299).

É o relatório.

VOTO

O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*". "*Na categoria dos writs constitucionais constitui direito instrumental sumário à tutela dos direitos subjetivos incontestáveis contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*". (Diomar Ackel Filho, *in Writs Constitucionais*, Ed Saraiva, 1988, pág 59).

A objetividade jurídica do Mandado de Segurança está ligada ao resguardo de direitos lesados ou ameaçados por atos ou omissões de autoridades ou seus delegados, quando não amparados por habeas corpus ou habeas data.

Merece destaque, também, a lição de Hely Lopes Meirelles: "*o objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal ou ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante*" (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 25ª edição, Editora Malheiros, 2003, p.39).

In casu, pretende a impetrante assegurar a posse no cargo de Farmacêutico - Bioquímico do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a consequente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos regramentos do Edital nº 05/2011.

Com efeito, a sentença assim fundamentou a concessão da ordem (fls. 226/230 e 239):

"No mérito **a lide é procedente**, devendo ser confirmada a medida liminar concedida.

O Poder **Judiciário não tem competência para suprir ou substituir resultados obtidos em exames ou provas, analisados pela Administração**, sob pena de adentrar no mérito administrativo.

Ao Poder Judiciário é permitido apenas proceder à verificação da legalidade das normas instituídas no edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação do mérito das questões das provas realizadas, principalmente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos. Desse modo, **o Edital é o ato que determina e descreve a atividade e condições para a assunção dos cargos que se pretende preencher**, a fim de obedecer às determinações constitucionais que disciplinam a contratação de servidores públicos.

O Edital que rege o concurso para preenchimento de cargos, da mesma forma como o edital que determina as normas de uma licitação de compra ou para a contratação para prestação de serviços, está submetido ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, da mesma forma que se diz que o edital é a lei da licitação, pode ser afirmado que **o edital é a lei dos concurso**. Assim, no ato da inscrição, o candidato, ao ler o edital e tomar ciência das diretrizes do concurso, deve, ou adotá-las e submeter-se às mesmas até o final ou, de início, verificando a ocorrência de alguma ilegalidade ou arbitrariedade, buscar sua correção.

Fixadas tais premissas, vejamos:

Do convênio firmado para promover o Saneamento Ambiental em Terras Indígenas e a atenção à Saúde Indígena e do caráter público do objeto contratado

No caso em tela, o convênio firmado prevê que a União - concedente - é quem disponibiliza recursos financeiros para execução do convênio (cláusula segunda 1.1. - fl. 90). Ademais, o convênio tem por escopo **dar apoio técnico e financeiro para a "Promoção do Saneamento Ambiental em Terras Indígenas e a Atenção Básica à Saúde Indígena..."** (fls. 89, cláusula primeira).

Evidencia-se, portanto, o caráter público da prestação dos serviços de assistência aos povos indígenas quer na assistência à saúde ou no saneamento ambiental, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde, **a teor do que dispõe os §§ 4º a 6º, do art. 198 da Constituição Federal:**

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

A contratação de pessoal por intermédio do Edital de Seleção de Pessoal - SPDM Matriz nº 05/2011

Com efeito, a despeito das alegações da autoridade impetrada, entendo que aqui **o caso é de seleção pública para preenchimento de cargos**, tendo em vista o convênio firmado entre a impetrada e a União Federal, bem como o caráter público da prestação de serviços, conforme já explicitado acima.

Ademais, no bojo do próprio termo do convênio, consta que a Conveniente-impetrada deverá **observar o princípio da impessoalidade e da moralidade no momento da seleção de pessoal** (cláusula décima sexta - fl. 100).

Pois bem.

A impetrada tornou público o Edital de Seleção de Pessoal nº 05/2011 para provimento de diversos cargos no Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, dentre eles o de **Farmacêutico/Bioquímico**, para o qual se candidatou a impetrante.

Nestes Termos assim indicava o referido edital (fls. 19-25):

4. DA SELEÇÃO

4.1. A **seleção** dos profissionais que trata esse Edital será feita em **etapa única** que compreenderá a **análise do currículo** de acordo com o critério de pontuação abaixo definidos:

Análise de currículo - máximo 11 pontos

O Candidato que:

- a. estiver de especialização em saúde indígena e/ou saúde pública/coletiva - 2 pontos
- b. portar título de especialização em saúde indígena - 4 pontos
- c. experiência comprovada com trabalho em saúde indígena - 4 pontos
- d. experiência com trabalho em saúde indígena comprovada com etnias DSEI ARAGUAIA - 8 pontos (não cumulativos com o item c)

4.2 Serão selecionados os candidatos que obtiverem o maior número de pontos em cada categoria profissional.

4.3 O fato de não pontuar não eliminará o candidato.

4.4 Em caso de empate, terá preferência o candidato com maior idade

4.5 Os candidatos selecionados deverão ter disponibilidade para o trabalho no interior das terras indígenas de acordo com escalas elaboradas pela coordenação DSEI.

[...]

6. DA CONTRATAÇÃO

6.1 A contratação dos candidatos obedecerá rigorosamente à ordem de classificação dos candidatos aprovados, observada a necessidade do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia.

6.2 A participação e classificação no Processo Seletivo não gera direito à contratação, mas esta, quando se fizer, obedecerá a ordem de classificação final.

[...] **destaquei**

A **impetrante**, de acordo com a documentação carreada aos autos, não impugnada pela autoridade impetrada, **obteve terceira colocação** (fl. 28). No entanto, **a impetrada convocou a primeira colocada e a nona colocada** para prosseguirem no processo seletivo e apresentarem a documentação para tomar posse (fl. 31).

A autoridade apontada como coatora justifica tal procedimento pautada na Convenção nº 169 da OIT e na análise e aprovação dada pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena.

Em que pese a observância da Convenção nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito, verifico que a impetrada não fez constar do edital a aprovação prévia do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169.

Deve o edital ser respeitado, estando a impetrante a ele vinculada, no momento de sua edição. Assim, se o edital revê a análise curricular como única etapa de seleção, estabelece critérios para pontuação e disciplina que a contratação obedecerá a estrita ordem de classificação, não poderia a impetrante ser surpreendida com a não convocação.

Consigne, ainda, o fato de tal procedimento ser reincidente em seleção para comunidades indígenas e, para tal situação, a Procuradoria da República já havia apresentado uma recomendação, no sentido de que o veto dos candidatos deveria ocorrer após um período de experiência, conforme bem ressaltado pelo ilustre Procurador da República à fl.184:

"A Recomendação do **Ministério Público Federal** deixa claro que a consulta e eventual veto de candidatos, por parte das comunidades indígenas, deve ocorrer após o período de experiência dos profissionais e não antes de sua contratação: "que as contratações dos profissionais de saúde para prestação de serviço na CASAI/SP fiquem condicionadas às aprovações dos usuários dos serviços prestados pelos profissionais recém-contratados, **devendo a aprovação ser um requisito para a contratação definitiva destes profissionais após o prazo contratual de experiência**"(fls. 132).

No caso, entendo que é justa a intervenção do Judiciário, na medida em que se demonstra não ter a autoridade apontada como coatora seguido os ditames estabelecidos no edital, ou ainda, de ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente no edital.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência (mutatis mutandi):

..EMEN: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA. QUESTÃO DISCURSIVA. CONTEÚDO NÃO PREVISTO NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. 2 - In casu, não se trata de revisão dos critérios estabelecidos pela banca examinadora, mas, sim, de

dar ao edital do certame interpretação que assegure o cumprimento das regras nele estabelecidas e em relação às quais estavam vinculados tanto a Administração quanto os candidatos. 3 - Não se desconhece que o exercício do cargo de Juiz de Direito exige conhecimento aprofundado sobre os mais variados ramos da ciência jurídica. Essa premissa, contudo, não tem o condão de afastar os já referidos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, não se mostrando razoável que candidatos tenham que expor conhecimentos de temas que não foram prévia e expressamente exigidos no respectivo edital da abertura. 4 - Recurso provido. ..EMEN:(ROMS 200900318412, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/07/2009 ..DTPB:.)

Tem o mandado de segurança a função de coibir atos de desvio ou de abuso de poder por parte de autoridade, que viole direito líquido e certo de alguém. Restou cabalmente comprovada a existência de ato coator por parte da Impetrada que agiu fora dos princípios da legalidade e a vinculação ao edital que regem a Administração Pública, ao desrespeitar as regras editalícias. Para a concessão da segurança, no mérito, exige-se que exista ameaça ou violação a direito líquido e certo, o que ocorreu no caso em tela.

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da sua impetração." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, editora Revista dos Tribunais, 15ª edição, São Paulo, 1990, p. 610).

Assim, confirmo a liminar e CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil para declarar o direito dito líquido e certo à impetrante, classificada em terceiro lugar na Seleção de Pessoal realizada pelo Edital SPDM Matriz nº 05/2011, para tomar posse no cargo de Farmacêutico - Bioquímico do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, bem como declarar a nulidade da convocação levada a efeito, tão somente em relação à candidata classificada em nono lugar.

(...)

Indefiro os benefícios da justiça gratuita, requerido pela autoridade coatora."

A bem lançada sentença, devidamente fundamentada merece ser mantida em sua integralidade.

Encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica e consolidada no Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal, no sentido de ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO EDUCACIONAL. RESIDÊNCIA MÉDICA. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO. INDEFERIMENTO DO TÍTULO. EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRECEDENTES. TÍTULO COM REGISTRO EM CONSELHO DE ESTADO DIVERSO. VALIDADE NACIONAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVIMENTO. 1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual se denegou a ordem ao mandado de segurança impetrado contra o indeferimento do cômputo do título de especialista de candidato no concurso público para médico; a comissão do certame houve por considerar que somente seriam válidos títulos registrados no conselho regional de medicina no Estado e indeferido aqueles que tivessem registro em outras unidades da

federação. 2. O Tribunal de origem consignou assistir razão ao impetrante, porém firmou que não seria possível a concessão da ordem, uma vez que ao Poder Judiciário seria vedada a incursão no mérito dos atos administrativos de concurso público; não é o caso, pois se trata de apreciar a legalidade de interpretação de disposição do edital que frisava a necessidade de registro do título junto ao Conselho Regional de Medicina (fls. 39-40), sem determinar que somente seriam aceitos os registrados localmente. 3. O princípio da vinculação ao edital é consolidado no direito pátrio e expressa direitos que são firmados nas relações entre a Administração Pública e os candidatos; logo, se o edital em questão previa a necessidade apenas de registro junto ao Conselho Regional de Medicina, sem especificar o Estado, não é dada a possibilidade de que seja criada uma exigência adicional. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem indica que a apreciação da vinculação ao edital é um ponto nodal da possibilidade da aferição da legalidade dos certames: "(...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos. (...)" (AgRg no RMS 35.941/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3.9.2012); "(...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a competência do Poder Judiciário limita-se ao exame do princípio da vinculação ao edital. (...)" (RMS 22.438/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 25.10.2007, p. 124). 5. Ademais, a residência médica está incluída no rol do ensino de pós-graduação, com as suas peculiaridade, possuindo regulação da Comissão Nacional de Residência Médica, junto ao Ministério da Educação, por força da Lei 6.932/81, e tais títulos possuem validade nacional com base no art. 48 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), regulamentada especialmente no tópico pelo Decreto 7.562/2011. Agravo regimental improvido. (AROMS 201402628970, Rel. HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:26/10/2015).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO GEOGRÁFICO APÓS A HOMOLOGAÇÃO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a atuação discricionária da Administração na escolha das regras editalícias de concurso público, desde que observados os preceitos constitucionais, notadamente o da igualdade. 2. A modificação do critério de regionalização das vagas estabelecida na abertura do certame, dando-se nova oportunidade a candidatos não convocados nos termos originariamente previstos, sem estendê-la aos demais concorrentes, consubstancia violação dos princípios da isonomia e da vinculação ao edital. 3. A ampliação do número de vagas, após a homologação do concurso, deve observar a proporção estabelecida no edital de abertura (Edital nº 4/2006-MAPA), quanto à distribuição geográfica dos cargos em disputa (Fiscal Federal Agropecuário), em razão de disposição expressa da Portaria nº 87/2008-MPOG, que autorizou o acréscimo. 4. Segurança concedida. (MS 200801102819, Rel. OG FERNANDES, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:22/03/2013).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. ART. 557, CPC. CONCURSO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. CRITÉRIO GEOGRÁFICO. AMPLIAÇÃO. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. CANDIDATOS MELHOR PONTUADOS. PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele

manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação. 2. Acerca do artigo 557 do Código de Processo Civil, já decidiu o Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do julgamento monocrático terminativo. 3. Consolidada a jurisprudência no sentido de que, na hipótese de nomeação de candidato com preterição de outro melhor pontuado em concurso público, aplica-se o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/1932, a partir da nomeação irregular. 4. Caso em que o concurso público em questão foi prorrogado até 29/11/2004, nomeando-se candidatos com pontuação inferior à da autora entre 11/10/2001 a 26/11/2004, tendo sido a ação proposta em 03/09/2009, pelo que não há falar-se em decurso do prazo prescricional, conforme entendimento jurisprudencial citada. 5. Quanto ao mérito, propriamente dito, a adoção do critério da proximidade geográfica, não previsto originalmente no instrumento convocatório do concurso público, para preenchimento de novas vagas decorrentes de Subseções Judiciárias não previstas no edital do certame, foi submetida a exame do Superior Tribunal de Justiça, que a reconheceu inválida. 6. Agravo inominado desprovido. (APELREEX 00097387220094036112, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015).

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO - CARGO DE AGENTE DE FISCALIZAÇÃO DO CRECI - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - FALTA DE OBJETIVIDADE NO EDITAL - PREVISÃO NO EDITAL DE ENTREVISTA PESSOAL: REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Vigoram, em matéria de concurso público, os princípios da legalidade e da vinculação ao edital. É necessário, para garantir a isonomia entre os candidatos, que o edital seja claro e preciso, quanto às regras incidentes no certame. 2. O edital previa a realização de entrevista pessoal. No entanto, foi realizada prova oral. A modificação dos critérios poderia ser feita até a data da realização das provas, desde que atendido o princípio da publicidade, o que não ocorreu. Não observância do princípio de vinculação ao edital. Nulidades reconhecidas. Precedentes do STJ. 3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas. (AMS 00019704720084036107, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016).

Em se tratando de pessoa jurídica, a concessão do benefício da justiça gratuita ocorrerá nos casos em que estiver comprovado, com elementos satisfatórios, que a requerente não possui condições de arcar com as custas processuais, não bastando, tão somente, mera declaração. Nesse sentido a Súmula nº 481/STJ: *"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais"*.

A respeito do tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que *"o benefício da gratuidade pode ser concedido à pessoa jurídica apenas se esta comprovar que dele necessita, independentemente de ser ou não de fins lucrativos"*, não bastando, para tanto, a simples declaração de pobreza.

A propósito:

BENEFÍCIO DA GRATUIDADE - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO ESTADO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA - CONSEQÜENTE INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO DESSE PLEITO - RECURSO IMPROVIDO. - O benefício da gratuidade - que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar, dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado - constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos. Precedentes. - Tratando-se de entidade de direito privado - com ou sem fins lucrativos -, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira (RT 787/359 - RT 806/129 - RT 833/264 - RF 343/364), não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa física ou natural (RTJ 158/963-964 - RT 828/388 - RT 834/296), a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios. Precedentes. (STF. RE 192715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 09-02-2007 PP-00052 EMENT VOL-02263-02 PP-00346 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 266-275)

Inicialmente, não obstante a norma legal estabelecida no art. 4º da Lei n. 1.060/50 estabelecer a possibilidade de concessão de gratuidade da assistência judiciária mediante a alegação de impossibilidade da pessoa natural de arcar com os custos do processo, a necessidade, ou não, de comprovação desse estado insere-se nos poderes discricionários do magistrado, a quem direcionado o pedido de gratuidade. Com efeito, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, *"havendo dúvida da veracidade das alegações do beneficiário, nada impede que o magistrado ordene a comprovação do estado de miserabilidade, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária"* (STJ. AgRg nos EDcl no Ag 664.435/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 01.07.2005).

Neste sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA. EXIGÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O pedido de assistência gratuita pode ser feito em qualquer fase do processo, sendo suficiente para a sua obtenção a simples afirmação do estado de pobreza.
2. Por se tratar de presunção juris tantum, pode o Magistrado, em caso de dúvida acerca da veracidade da declaração de pobreza do requerente, ordenar-lhe a comprovação do estado de miserabilidade a fim de subsidiar o deferimento da assistência judiciária gratuita. Precedente do STJ.

3. Agravo improvido. (AgRg no Ag 1138386/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJ de 03.11.2009)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DO LIMITE DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA COMO PARÂMETRO PARA CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A simples fixação de um patamar de renda acima da qual se entenderia indevida a concessão do benefício da gratuidade da justiça importaria em indevida inversão da presunção legal prevista no art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50. Nesse sentido: REsp 654.748/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ 24/4/06.

2. "Havendo dúvida da veracidade das alegações do beneficiário, nada impede que o magistrado ordene a comprovação do estado de miserabilidade, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária" (AgRg nos EDcl no Ag 664.435/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 1º/7/05).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1239265/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011)

Na hipótese, a impetrada, pessoa jurídica sem fins lucrativos, não comprovou sua situação de miserabilidade, condição exigida para a concessão de justiça gratuita as pessoas jurídicas, seja elas com ou sem fins lucrativos.

Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : SUIANE KELLY RIBEIRO DO NASCIMENTO
ADVOGADO : GO022851 ALEXSANDRO DE CASTRO LOPES DOS SANTOS e outro(a)
APELADO(A) : SPDM ASSOCIACAO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA HOSPITAL SAO PAULO
ADVOGADO : SP107421 LIDIA VALERIO MARZAGAO
No. ORIG. : 00065630420124036100 9 Vr SAO PAULO/SP

Publicado em 19/01/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ENFERMEIRO II. DISTRITO SANITÁRIO ESPECIAL INDÍGENA ARAGUAIA. EDITAL Nº 05/2011. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO NÃO PREVISTO NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Caso em que a impetrante busca provimento jurisdicional que assegure a posse no cargo de "Enfermeiro II" do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a consequente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos ditames do Edital nº 05/2011, ao qual se submeteu.

2. O convênio firmado prevê que a União - concedente - é quem disponibiliza recursos financeiros para execução do convênio, tendo por escopo dar apoio técnico e financeiro para a "*Promoção do Saneamento Ambiental em Terras Indígenas e a Atenção Básica à Saúde Indígena*". Evidencia-se, portanto, o caráter público da prestação dos serviços de assistência aos povos indígenas quer na assistência à saúde ou no saneamento ambiental, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde

3. Nítido, portanto, que a impetrada atuou com poderes delegados da União, devendo obrigatoriamente observar o princípio da impessoalidade e da moralidade no momento da seleção de pessoal.

4. Cabe ressaltar que o Poder Judiciário não tem competência para suprir ou substituir resultados obtidos em exames ou provas, analisados pela Administração, sob pena de adentrar no mérito administrativo. Ao Poder Judiciário é permitido apenas proceder à verificação da

legalidade das normas instituídas no edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação do mérito das questões das provas realizadas, principalmente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos.

5. Como é cediço, o edital é a lei do concurso, ditando as normas que regem a seleção dos candidatos. Nesse diapasão, aquele que se inscreveu para concorrer a determinado cargo deve submeter-se às suas regras. Tal entendimento só deve ser atenuado no caso de flagrante ilegalidade, devendo, então, ser revisto o ato pelo Poder Judiciário.

6. A impetrante, de acordo com a documentação carreada aos autos obteve terceira colocação. No entanto, a impetrada convocou os candidatos classificados em 4º, 6º, 7º, 8º, 11º e 20º lugares, preterindo-a.

7. A autoridade apontada como coatora justifica que tal procedimento está pautado na Convenção nº 169 da OIT e na análise e aprovação dada pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena, a qual condiciona as contratações dos profissionais de saúde à aprovação dos usuários dos serviços prestados.

8. Em que pese a observância da Convenção nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito, verifica-se que a impetrada não fez constar do edital a aprovação do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169.

9. Deve o edital ser respeitado, estando a impetrante a ele vinculada, no momento de sua edição. Assim, se o edital prevê a análise curricular como única etapa de seleção, estabelece critérios para pontuação e disciplina que a contratação obedecerá a estrita ordem de classificação, não poderia a impetrante ser surpreendida com a não convocação. O critério de aprovação pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena, para ser válido, deveria ter constado prévia e explicitamente na carta editalícia.

10. Destarte, por ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente no edital, o ato de desprezar a ordem classificatória consubstanciou flagrante violação dos princípios da isonomia e da vinculação ao edital.

11. No caso, entendo ser justa a intervenção do Judiciário, na medida em que se demonstra não ter a autoridade apontada como coatora seguido os ditames estabelecidos no edital, ou ainda, de ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente ali.

12. De mais a mais, cabe ressaltar que se faz mister que o edital seja claro e preciso, quanto às regras incidentes no certame. O edital previa que a seleção dos profissionais seria

realizada em **etapa única**. No entanto, foi realizada outra etapa não prevista no edital, desrespeitando o princípio de vinculação ao edital, devendo a nulidade ser reconhecida.

13. Sentença reformada. Apelação provida.

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança impetrado por Suiane Kelly Ribeiro do Nascimento em face de SPDM Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, objetivando provimento jurisdicional com vistas a assegurar a posse no cargo de "Enfermeiro II" do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a consequente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos ditames do Edital nº 05/2011.

Alega a apelante que a seleção dos profissionais no Certame nº 05/2011 foi feita através da análise curricular e que tendo preenchidos todos os requisitos, logrou êxito em classificar-se em terceiro lugar. Para o cargo, havia 06 (seis) vagas disponíveis. Narra ainda que, em 14/12/2011, convocaram os candidatos classificados em 4º, 6º, 7º, 8º, 11º e 20º lugares, tendo sido a impetrante preterida.

O juízo *a quo* deferiu parcialmente a liminar (f. 32), determinando a suspensão da posse de candidatos cuja pontuação fosse inferior à da impetrante para o mesmo cargo. Ao final, a segurança foi denegada. (f. 318-323)

Em razões recursais, sustenta a apelante, em síntese, que a ordem classificatória foi desprezada, caracterizando ato ilegal, bem como não constava no edital que a aprovação dependeria do Conselho Distrital de Saúde Indígena do Distrito Sanitário. (f. 366-376)

Em contrarrazões, sustenta a apelada que o edital de recrutamento impugnado não se refere à seleção pública ou concurso público, mas ato produzido por particulares. Aduz, também, que o ato de classificação e convocação atendeu à Convenção nº 169 da OIT, sendo certo que eventual interesse individual da impetrante não pode se sobrepor ao direito coletivo dos povos indígenas.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (f. 396-400).

É o relatório.

VOTO

Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

Pretende a impetrante assegurar a posse no cargo de "Enfermeiro II" do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, com a conseqüente anulação dos efeitos da convocação efetuada pela impetrada, tendo em vista a alegada desobediência aos ditames do Edital nº 05/2011, ao qual se submeteu.

Muito embora, a apelada alegue não tratar tal seleção de concurso público, no caso em tela, o convênio firmado prevê que a União - concedente - é quem disponibiliza recursos financeiros para execução do convênio, tendo por escopo dar apoio técnico e financeiro para a "*Promoção do Saneamento Ambiental em Terras Indígenas e a Atenção Básica à Saúde Indígena*".

Evidencia-se, portanto, o caráter público da prestação dos serviços de assistência aos povos indígenas, quer na assistência à saúde ou no saneamento ambiental, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde.

Assim, a despeito das alegações da autoridade impetrada, entendo que, aqui, o caso é de seleção pública para preenchimento de cargos, tendo em vista o convênio firmado entre a impetrada e a União Federal, bem como o caráter público da prestação de serviços, conforme já explicitado acima.

Dessa forma, é nítido que a impetrada atuou com poderes delegados da União, devendo obrigatoriamente observar o princípio da impessoalidade e da moralidade no momento da seleção de pessoal.

A impetrada tornou público o Edital de Seleção de Pessoal nº 05/2011 para provimento de diversos cargos no Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia, dentre eles o de Enfermeiro II, para o qual se candidatou a impetrante.

Nestes termos assim indicava o referido edital:

4.1. A seleção dos profissionais que trata esse Edital será feita em etapa única que compreenderá a análise do currículo de acordo com o critério de pontuação abaixo definidos:

Análise de currículo - máximo 11 pontos

O Candidato que:

- a. estiver de especialização em saúde indígena e/ou saúde pública/coletiva - 2 pontos
- b. portar título de especialização em saúde indígena - 4 pontos
- c. experiência comprovada com trabalho em saúde indígena - 4 pontos
- d. experiência com trabalho em saúde indígena comprovada com etnias DSEI ARAGUAIA - 8 pontos (não cumulativos com o item c)

4.2 Serão selecionados os candidatos que obtiverem o maior número de pontos em cada categoria profissional.

4.3 O fato de não pontuar não eliminará o candidato.

4.4 Em caso de empate, terá preferência o candidato com maior idade

4.5 Os candidatos selecionados deverão ter disponibilidade para o trabalho no interior das terras indígenas de acordo com escalas elaboradas pela coordenação DSEI.

[...]

6. DA CONTRATAÇÃO

6.1 A contratação dos candidatos obedecerá rigorosamente à ordem de classificação dos candidatos aprovados, observada a necessidade do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia.

6.2 A participação e classificação no Processo Seletivo não gera direito à contratação, mas esta, quando se fizer, obedecerá a ordem de classificação final. [...] destaqui

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário não tem competência para suprir ou substituir resultados obtidos em exames ou provas, analisados pela Administração, sob pena de adentrar no mérito administrativo.

Ao Poder Judiciário é permitido apenas proceder à verificação da legalidade das normas instituídas no edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação do mérito das questões das provas realizadas, principalmente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos.

Como é cediço, o edital é a lei do concurso, ditando as normas que regem a seleção dos candidatos. Nesse diapasão, aquele que se inscreveu para concorrer a determinado cargo deve submeter-se às suas regras. Tal entendimento só deve ser atenuado no caso de flagrante ilegalidade, devendo, então, ser revisto o ato pelo Poder Judiciário.

A impetrante, de acordo com a documentação carreada aos autos obteve terceira colocação. No entanto, a impetrada convocou os candidatos classificados em 4º, 6º, 7º, 8º, 11º e 20º lugares, preterindo-a.

A autoridade apontada como coatora justifica que tal procedimento está pautado na Convenção nº 169 da OIT e na análise e aprovação dada pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena, a qual condiciona as contratações dos profissionais de saúde à aprovação dos usuários dos serviços prestados.

Em que pese a observância da Convenção nº 169 da OIT e a importância da participação da comunidade indígena na tomada de decisões de cada Distrito, verifica-se que a impetrada não fez constar do edital a aprovação do Conselho Distrital como condição prévia à contratação do candidato e também não fez qualquer menção à Convenção nº 169.

Deve o edital ser respeitado, estando a impetrante a ele vinculada, no momento de sua edição. Assim, se o edital prevê a análise curricular como única etapa de seleção, estabelece critérios para pontuação e disciplina que a contratação obedecerá a estrita ordem de classificação, não poderia a impetrante ser surpreendida com a não convocação. O critério de aprovação pelo Conselho Distrital de Saúde Indígena, para ser válido, deveria ter constado prévia e explicitamente na carta editalícia.

Destarte, por ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente no edital, o ato de desrespeitar a ordem classificatória consubstanciou flagrante violação dos princípios da isonomia e da vinculação ao edital.

No caso, entendo ser justa a intervenção do Judiciário, na medida em que se demonstra não ter a autoridade apontada como coatora seguido os ditames estabelecidos no edital, ou ainda, de ter adotado procedimentos para classificação não previstos expressamente ali.

De mais a mais, cabe ressaltar que se faz mister que o edital seja claro e preciso, quanto às regras incidentes no certame. O edital previa que a seleção dos profissionais seria realizada em **etapa única**. No entanto, foi realizada outra etapa não prevista, desrespeitando o princípio de vinculação ao edital, devendo a nulidade ser reconhecida.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência (*mutatis mutandi*):

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO EDUCACIONAL. RESIDÊNCIA MÉDICA. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO. INDEFERIMENTO DO TÍTULO. EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRECEDENTES. TÍTULO COM REGISTRO EM CONSELHO DE ESTADO DIVERSO. VALIDADE NACIONAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVIMENTO. 1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual se denegou a ordem ao mandado de segurança impetrado contra o indeferimento do cômputo do título de especialista de candidato no concurso público para médico; a comissão do certame houve por considerar que somente seriam válidos títulos registrados no conselho regional de medicina no Estado e indeferido aqueles que tivessem registro em outras unidades da federação. 2. O Tribunal de origem consignou assistir razão ao impetrante, porém firmou que não seria possível a concessão da ordem, uma vez que ao Poder Judiciário seria vedada a incursão no mérito dos atos administrativos de concurso público; não é o caso, pois se trata de apreciar a legalidade de interpretação de disposição do edital que frisava a necessidade de registro do título junto ao Conselho Regional de Medicina (fls. 39-40), sem determinar que somente seriam aceitos os registrados localmente. 3. O princípio da vinculação ao edital é consolidado no direito pátrio e expressa direitos que são firmados nas relações entre a Administração Pública e os candidatos; logo, se o edital em questão previa a necessidade apenas de registro junto ao Conselho Regional de Medicina, sem especificar o Estado, não é dada a possibilidade de que seja criada uma exigência adicional. 4. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem indica que a apreciação da vinculação ao edital**

é um ponto nodal da possibilidade da aferição da legalidade dos certames:
"(...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos. (...)" (AgRg no RMS 35.941/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3.9.2012); "(...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a competência do Poder Judiciário limita-se ao exame do princípio da vinculação ao edital. (...)" (RMS 22.438/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 25.10.2007, p. 124). 5. Ademais, a residência médica está incluída no rol do ensino de pós-graduação, com as suas peculiaridade, possuindo regulação da Comissão Nacional de Residência Médica, junto ao Ministério da Educação, por força da Lei 6.932/81, e tais títulos possuem validade nacional com base no art. 48 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), regulamentada especialmente no tópico pelo Decreto 7.562/2011. Agravo regimental improvido." (AROMS 201402628970, Rel. HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:26/10/2015).

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO - CARGO DE AGENTE DE FISCALIZAÇÃO DO CRECI - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - FALTA DE OBJETIVIDADE NO EDITAL - PREVISÃO NO EDITAL DE ENTREVISTA PESSOAL: REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. **Vigoram, em matéria de concurso público, os princípios da legalidade e da vinculação ao edital. É necessário, para garantir a isonomia entre os candidatos, que o edital seja claro e preciso, quanto às regras incidentes no certame.** 2. O edital previa a realização de entrevista pessoal. No entanto, foi realizada prova oral. **A modificação dos critérios poderia ser feita até a data da realização das provas, desde que atendido o princípio da publicidade, o que não ocorreu. Não observância do princípio de vinculação ao edital. Nulidades reconhecidas.** Precedentes do STJ. 3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas." (AMS 00019704720084036107, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA. QUESTÃO DISCURSIVA. CONTEÚDO NÃO PREVISTO NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. 2 - In casu, não se trata de revisão dos critérios estabelecidos pela banca examinadora, mas, sim, de dar ao edital do certame interpretação que assegure o cumprimento das regras nele estabelecidas e em relação às quais estavam vinculados tanto a Administração quanto os candidatos. 3 - Não se desconhece que o exercício do cargo de Juiz de Direito exige conhecimento aprofundado sobre os mais variados ramos da ciência jurídica. Essa premissa, contudo, não tem o condão de afastar os já referidos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, não se mostrando razoável que candidatos tenham que expor conhecimentos de temas que não foram prévia e expressamente exigidos no respectivo edital da abertura. 4 - Recurso provido."(ROMS 200900318412, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/07/2009 ..DTPB:.)

Assim, **DOU PROVIMENTO** à apelação, para declarar o direito líquido e certo em relação à impetrante, classificada em terceiro lugar na Seleção de Pessoal realizada pelo Edital SPDM Matriz nº 05/2011, para tomar posse no cargo de "Enfermeiro II" do Distrito Sanitário Especial Indígena Araguaia e declarar nulos os efeitos da convocação realizada aos 14/12/2011, que contrariou os ditames do Edital nº 05/2011.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007766-30.2000.4.03.6000/MS (2000.60.00.007766-4/MS)

RELATOR : Desembargador Federal MARCELO SARAIVA
APELANTE : Ministério Público Federal
PROCURADOR : LEONARDO AUGUSTO GUELFÍ
APELADO(A) : União Federal e outro(a)
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
APELADO(A) : Fundação Nacional do Índio FUNAI
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS
PARTE RÉ : Cia Energética de São Paulo CESP
No. ORIG. : 00077663020004036000 1 Vr TRES LAGOAS/MS

Publicado em 24/07/2019

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO INDÍGENA. CONTROLE JUDICIAL. OMISSÃO DA UNIÃO FEDERAL E DA FUNAI. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA COMUNIDADE INDÍGENA OFAYÉ-XAVANTE. AFASTADA A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular integram o microsistema processual coletivo. Portanto, apesar de a Lei nº 7.347/85 não ter previsão expressa acerca da remessa oficial, aplica-se nos casos de improcedência ou parcial procedência da ação, por analogia, o artigo 19, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que referida norma deve ser aplicada em todo o microsistema naquilo que for útil aos interesses da sociedade. Nesse sentido é o entendimento sedimentado do E. Superior Tribunal de Justiça.

2. Trata-se de remessa oficial, tida por interposta, e de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face de sentença proferida pelo r. Juízo da Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Três Lagoas/MS, o qual julgou improcedente a Ação Civil Pública.

3 - O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação visando a reforma da r. sentença, para condenar a União Federal e a FUNAI, de forma solidária, a promover todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, notadamente operacionalização do indígena na aldeia, preferencialmente através de remoção de servidor ao posto indígena, o qual preste atendimento constante e integral à comunidade, independentemente da criação de cargo ou função. Subsidiariamente requer que, caso não seja reconhecida a ilegalidade do Decreto nº 7.056, seja dado parcial provimento ao recurso condenando as rés a promoverem todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante designando funcionário da FUNAI para o atendimento exclusivo, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante (2.136/2191).

4 - Compulsando-se os autos percebe-se que ao contrário do entendimento exposto na sentença, o Poder Público tem sido historicamente omissivo no trato da comunidade Ofayé-Xavante. As ações do Poder Público se mostraram tardias e parciais, as quais somente foram adotadas após atuação do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário.

5 - O abandono da comunidade indígena foi evidenciado pelo Ministério Público Federal ao destacar a existência de fatos como a venda de rezes, de maquinário (trator) e outros insumos agropecuários a preços irrisórios a comerciantes da região da Brasilândia, não encontrando em nenhuma dessas negociações a presença da FUNAI. As notícias de membros da comunidade acometidos por alcoolismo, bem assim registros de práticas de condutas delituosas tendo o indígena como vítima, incluindo o estupro, o completo fracasso do projeto de desenvolvimento autossustentável, a ameaça de desaparecimento da língua Ofayé, cujo o dever de preservação já foi reconhecido por esse e. Tribunal na Ação Civil Pública nº 2006.60.0.000652-2, entre diversas outras mazelas de extrema gravidade (fls. 1084, 2025/2028). Restou comprovado que a parcial e esporádica assistência à Comunidade Indígena Ofayé-Xavante ocorreu somente após o Ministério Público Federal questionar a postura das rés e pleitear a proteção e o respeito devidos aos direitos indígenas. Saliente-se que, às fls. 2042, no próprio relatório da FUNAI, está ressaltado o curto período de permanência junto à Comunidade Indígena, não sendo possível atender de forma satisfativa as demandas existentes na época.

6 - O artigo 231, da CF, ao reconhecer aos índios o direito de preservar sua organização social, costumes, línguas, e o direito sobre as terras, o legislador constituinte buscou resguardar não somente a proteção aparente do direito dos índios, mas, sim, a proteção efetiva, instrumentalizando a proteção aparente. Os documentos constantes dos autos são suficientes para comprovar que, em razão de omissão da União Federal e da FUNAI, a comunidade

indígena encontra-se desamparada, não tendo acesso aos direitos que se inserem no chamado mínimo existencial, conjunto de bens imprescindíveis para uma existência digna.

7 - No caso em exame, percebe-se que a comunidade Ofayé não conta com os pressupostos fáticos para o exercício efetivo de sua autodeterminação. O descaso com a tribo torna-se ainda mais evidente quando analisada à luz de direitos já consagrados aos índios pelos tratados assinados pelo Brasil, em especial a Convenção 169 da OIT, internalizada por força do Decreto 5.051/2004.

8 - Ressalte-se que ficou claro que a omissão do Poder Público em designar servidor da FUNAI para atuar de forma constante na comunidade, permitiu a perpetuação de diversas mazelas, violando frontalmente a dignidade humana dos índios Ofayés, os quais vivem sem o mínimo existencial, os quais diante da ausência de tutela dos seus direitos sociais são privados também da liberdade de autodeterminação.

9 - Dessarte, sendo os índios despojados do mínimo existencial, não se legitima a aplicação da teoria da reserva do possível. Deveras, não se pode aplicar indiscriminadamente a teoria da reserva do possível principalmente no que concerne à execução de políticas públicas que busquem tutelar direitos básicos referentes à saúde, educação, alimentação, uma vez que esses integram o conceito do mínimo existencial.

10 - Qualquer demanda que objetive fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarada como sem razão (supérflua), pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por essa razão que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

11 - A alegação de falta de recursos financeiros, destituída de comprovação, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público na efetivação dos direitos sociais fundamentais. Esses direitos devem ser respeitados como prioridade absoluta pelo Estado, e não podem ficar relegados indefinidamente ao desamparo e ao descaso público.

12 - Não se pode admitir a invocação da teoria da reserva do possível como escudo para o Estado se eximir do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

13 - Quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais. Não adianta um direito ser garantido pela Constituição se não for possível garantir a efetivação desse direito.

14 - Cabe ao Poder Judiciário a emissão de um decreto judicial no sentido de garantir a aplicação da normatização específica e tornar concretos os direitos omitidos pelo Poder Público.

15 - Seria um absurdo pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido visando a garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos indígenas.

16 - De fato, no caso em análise, resta evidente que os direitos fundamentais sociais e o direito à vida e a autodeterminação da comunidade indígena Ofayé-Xavantes não estão sendo devidamente resguardados, sendo imprescindível a intervenção judicial.

17 - Cumpre salientar que, diante da omissão existente no caso em tela, não está sendo cumprida a própria Missão Institucional da FUNAI que consiste em promover e proteger os direitos dos povos indígenas.

18 - Impõe-se, dessa forma, a reforma da sentença, para reconhecer o dever das partes réis de prestação de serviço adequado a comunidade indígena, devendo promover todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, devendo ser designado no mínimo um servidor da FUNAI para o atendimento adequado, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante.

19 - Quanto ao pedido de declaração de ilegalidade do Decreto nº 7.056/2009, o qual extinguiu os postos indígenas que tratavam os Decretos nº 4645/03 e 5833/06, esse não pode ser acolhido, cabendo que o decreto guerreado foi revogado, estando em vigor o Decreto 9.010/2017. O Decreto 9.010/2017 também não prevê o estabelecimento de postos indígenas, bem como não há provas de que os povos interessados não foram previamente consultados, não existindo indícios claros de sua ilegalidade.

20 - Compete a FUNAI, através das coordenações técnicas locais zelar pela efetivação dos direitos sociais dos povos indígenas, direitos esses flagrantemente violados no caso em tela, violação essa decorrente da omissão da FUNAI e da União Federal que não promoveram as ações de sua competência para resguardar o bem-estar da comunidade Ofayé-Xavante.

21 - Remessa Oficial e recurso de apelação parcialmente providos para condenar solidariamente as réis, União Federal e FUNAI, à prestação de serviço adequado à comunidade indígena Ofayé-Xavante, de maneira a promover todas as ações de sua respectiva competência no sentido de zelarem pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, devendo ser designado no mínimo um servidor da FUNAI para o atendimento adequado, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante, sob pena de multa diária fixada no valor de R\$1.000,00 (mil reais).

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, tida por interposta, e de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face de sentença proferida pelo r. Juízo da Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Três Lagoas/MS, o qual julgou improcedente a Ação Civil Pública.

A presente Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Companhia Energética de São Paulo (CESP), da União e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

O autor afirma que a comunidade indígena do Ofayé -Xavante, mediante o convênio nº 04/94, firmado entre a FUNAI e a CESP, foi transferida da área que ocupava anteriormente para outra localidade em virtude da Instalação da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta.

Sustenta que o acordo não foi cumprido pela CESP, uma vez que a acomodação do grupo indígena se deu em local impróprio para agricultura e destituída de recursos naturais, tendo havido a elaboração de Termo Aditivo àquele, no qual a empresa ré reduziu as obrigações inicialmente acordadas.

Assevera que a responsabilidade pela situação de abandono da comunidade pode ser também imputada à FUNAI, que se omitiu em seu dever de prestar assistência ao grupo, mediante a implantação de serviços de atendimento médico hospitalar e odontológico e pela instalação de posto de atendimento na região.

Postulou pela decretação da nulidade do Termo Aditivo ao Convênio Nº 04/94 firmado entre a CESP e a FUNAI.

Pugna pela condenação da CESP a dar integral cumprimento aos compromissos assuntos perante a FUNAI relativamente ao assentamento da comunidade Ofayé-Xavante na área adquirida, oferecendo-lhes condições adequadas ao seu *modus vivendi*, ainda que seja necessária a aquisição de outro imóvel e a indenizar os danos morais suportados pela comunidade decorrentes da saída forçada da área que ocupavam anteriormente.

Requeru a condenação da União e da FUNAI a promover todas as ações de sua competência para zelar pelo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, notadamente mediante a instalação de Posto Indígena na área por eles ocupada.

Às fls. 645/646, o Ministério Público Federal noticiou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com a CESP, a FUNAI, o Estado do Mato Grosso do Sul, requerendo a homologação de acordo e a extinção da demanda com relação à CESP.

O acordo foi homologado à fl. 682, sendo a demanda extinta com relação a CESP sem análise do mérito.

Na decisão das fls. 800/801 foi fixado prazo para que o Estado do Mato Grosso do Sul demonstre o cumprimento dos itens apontados pelo MPF, sob pena de multa.

O Estado do Mato Grosso do Sul noticiou o cumprimento das obrigações que foram impostas ao ente público no TAC (Fls. 990/992 e 1239/1240).

Às fls.1276/1278, o Ministério Público Federal noticiou que a maioria das obrigações assumidas no TAC foram atendidas, à exceção da entrega de cestas básicas pelo governo estadual e pela disponibilidade dos juros bancários oriundos do depósito efetuado pela CESP.

A tutela antecipada requerida inicialmente foi parcialmente deferida para que a FUNAI desse à tribo Ofayé-Xavante assistência efetiva com a instalação de posto, ainda que provisório, e o deslocamento de ao menos um funcionário técnico especializado para a localidade, sob pena de aplicação de multa diária.

Às fls. 2022/2024 o Ministério Público Federal pugnou pelo reconhecimento do inadimplemento da tutela antecipada, no que se refere ao deslocamento de um servidor à aldeia.

Após o regular processamento do feito, o r. Juízo a quo proferiu sentença (fls. 2117/2121) julgando a ação improcedente.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação visando a reforma da r. sentença, para condenar a União Federal e a FUNAI, de forma solidária, a promover todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, notadamente operacionalização do indígena na aldeia, preferencialmente através de remoção de servidor ao posto indígena, o qual preste atendimento constante e integral à comunidade, independentemente da criação de cargo ou função. Subsidiariamente requer que, caso não seja reconhecida a ilegalidade do Decreto nº 7.056, seja dado parcial provimento ao recurso condenando as rés a promoverem todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante designando funcionário da FUNAI para o atendimento exclusivo, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante (2.136/2191).

A União Federal e a FUNAI apresentaram contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso (fls. 2204/2210).

Em sua manifestação nessa instância, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso de apelação (fls. 2220/2235).

É o relatório.

VOTO

De início, impende frisar que a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular integram o microsistema processual coletivo. Portanto, apesar de a Lei nº 7.347/85 não ter previsão expressa acerca da remessa oficial, aplica-se nos casos de improcedência ou parcial procedência da ação, por analogia, o artigo 19, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que referida norma deve ser aplicada em todo o microsistema naquilo que for útil aos interesses da sociedade. Nesse sentido é o entendimento sedimentado do E. Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, dou por interposta a remessa oficial, submetendo a r. sentença ao reexame necessário.

Assim, passo a analisar as alegações invocadas no apelo, bem como a remessa oficial.

Compulsando-se os autos percebe-se que ao contrário do entendimento exposto na sentença, o Poder Público tem sido historicamente omissivo no trato da comunidade Ofayé-Xavante. As ações do Poder Público se mostraram tardias e parciais, as quais somente foram adotadas após atuação do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário.

O abandono da comunidade indígena foi evidenciado pelo Ministério Público Federal ao destacar a existência de fatos como a venda de rezes, de maquinário (trator) e outros insumos agropecuários a preços irrisórios a comerciantes da região da Brasilândia, não encontrando em nenhuma dessas negociações a presença da FUNAI. As notícias de membros da comunidade acometidos por alcoolismo, bem assim registros de práticas de condutas delituosas tendo o indígena como vítima, incluindo o estupro, o completo fracasso do projeto de desenvolvimento autossustentável, a ameaça de desaparecimento da língua Ofayé, cujo o dever de preservação já foi reconhecido por esse e. Tribunal na Ação Civil Pública nº 2006.60.0.000652-2, entre diversas outras mazelas de extrema gravidade (fls. 1084, 2025/2028).

Restou comprovado que a parcial e esporádica assistência à Comunidade Indígena Ofayé-Xavante ocorreu somente após o Ministério Público Federal questionar a postura das rés e pleitear a proteção e o respeito devidos aos direitos indígenas. Saliente-se que, às fls. 2042, no próprio relatório da FUNAI, está ressaltado o curto período de permanência junto à Comunidade Indígena, não sendo possível atender de forma satisfativa as demandas existentes na época.

Desse modo, sempre existiu, por parte da FUNAI e da União Federal, um claro descaso e omissão, conforme bem demonstrado nos autos.

Dessarte, resta clara a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para determinar ao Poder Público que cumpra as obrigações constitucionalmente e legalmente atribuídas, a fim de garantir a proteção à comunidade indígena Ofayé-Xavante, e adotar as medidas necessárias para resguardar os interesses indígenas, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais, entre eles saúde, educação, segurança e o mínimo necessário para a sobrevivência digna da comunidade.

A Constituição Federal de 1988 no artigo 231, dispõe:

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.

Assim, ao reconhecer aos índios o direito de preservar sua organização social, costumes, línguas, e o direito sobre as terras, o legislador constituinte buscou resguardar não somente o a proteção aparente do direito dos índios, mas, sim, a proteção efetiva, instrumentalizando a proteção aparente.

Não é suficiente destinar uma terra definitiva aos indígenas, muito menos visitar a aldeia esporadicamente para constatar que a precariedade permanece. É preciso assegurar a tutela efetiva dos direitos aos índios, garantindo o mínimo suficiente para uma vida digna. Nesse contexto a União Federal e a FUNAI devem atuar buscando proteger efetivamente os direitos indígenas, os quais fazem parte de uma minoria que constantemente tem seus direitos flagrantemente violados no país.

Cumprе salientar que, às fls. 2242, o Ministério Público Federal ressaltou que em 2015 ainda persistia a negligência e a inercia da União Federal e da FUNAI na prestação de serviços sociais e de saúde à Comunidade Indígena.

No mais, os documentos constantes dos autos são suficientes para comprovar que, em razão de omissão da União Federal e da FUNAI, a comunidade indígena encontra-se desamparada, não tendo acesso aos direitos que se inserem no chamado mínimo existencial, conjunto de bens imprescindíveis para uma existência digna.

Saliente-se que os direitos sociais fundamentais estabelecidos na Constituição Federal precisam ser verdadeiramente efetivados através das políticas públicas, zelando o Poder Público pelo bem-estar geral da população. Sem a garantia de direitos fundamentais sociais como saúde, educação, segurança e alimentação, não há garantia do exercício efetivo do direito à liberdade, do direito à vida e à integridade.

Não é demasiado informar que deve ser garantida à comunidade indígena assistência e adequada efetivação dos direitos sociais para o exercício da autodeterminação.

No caso em exame, percebe-se que a comunidade Ofayé não conta com os pressupostos fáticos para o exercício efetivo de sua autodeterminação. O descaso com a tribo torna-se ainda mais evidente quando analisada à luz de direitos já consagrados aos índios pelos tratados assinados pelo Brasil, em especial a Convenção 169 da OIT, internalizada por força do Decreto 5.051/2004.

Cumpra transcrever o teor do artigo 2º da referida Convenção o qual trata sobre a efetividade dos direitos sociais:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Quanto ao direito à liberdade, referida convenção afirma:

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Ressalte-se que, no caso dos autos, ficou claro que a omissão do Poder Público em designar servidor da FUNAI para atuar de forma constante na comunidade, permitiu a

perpetuação de diversas mazelas, violando frontalmente a dignidade humana dos índios Ofayés, os quais vivem sem o mínimo existencial, os quais diante da ausência de tutela dos seus direitos sociais são privados também da liberdade de autodeterminação.

Dessarte, sendo os índios despojados do mínimo existencial, não se legitima a aplicação da teoria da reserva do possível. Deveras, não se pode aplicar indiscriminadamente a teoria da reserva do possível principalmente no que concerne à execução de políticas públicas que busquem tutelar direitos básicos referentes à saúde, educação, alimentação, uma vez que esses integram o conceito do mínimo existencial.

Cabe igualmente esclarecer que a teoria da reserva do possível, de origem alemã, foi aplicada inicialmente em caso paradigmático referente ao direito de acesso à faculdade de medicina como meio de exercer o direito à liberdade profissional, justificando-se a impossibilidade no fundamento de que só se pode exigir do Estado aquilo que for viável dentro dos limites da possibilidade e razoabilidade. Desse modo, não seria razoável exigir do Estado o livre acesso à faculdade de medicina para quem quiser frequentar, pois não seria possível, dada as condições da Alemanha, assegurar o custeio de vagas para todos, de forma ilimitada. Não haveria como universalizar o direito. Então, a jurisprudência alemã tratou a reserva do possível como "o que razoavelmente se pode esperar do Estado, diante das condições da sociedade".

Todavia, no Brasil essa teoria foi importada de forma deturpada, sendo utilizada de forma desmedida pelo Estado como fundamento para a não efetivação de políticas públicas.

Utilizando o argumento da falta de condições orçamentárias como obstáculo para efetivação de direitos, principalmente sociais, sustentando que, caso fosse priorizado determinado direito social, seriam retiradas as verbas públicas de outras áreas prioritárias, em detrimento de toda a coletividade.

Ademais, não se pode importar preceitos do direito comparado sem atentar para o bem-estar social que o Estado brasileiro deve assegurar.

Por isso mesmo, qualquer demanda que objetive fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarada como sem razão (supérflua), pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.

Nesse sentido, Andreas Krell, doutrinador Alemão, critica a utilização da teoria da reserva do possível no Brasil:

Devemos nos lembrar de que os integrantes do sistema jurídico Alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha - como nos países centrais - não há um grande contingente de

peças que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção básica a milhões de indivíduos para evitar a subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário e assistência social que recebem, etc (KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 108/109).

É por essa razão que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Há de se atentar, por oportuno, que o princípio da reserva do possível é utilizada parte da Doutrina Brasileira e pelo Estado de forma modificada de maneira a encontrar sua decomposição em: reserva do possível fática e reserva do possível jurídica.

A reserva do possível fática está relacionada à existência de recursos para a realização de direito material. Assim, o problema da reserva do possível fática não é um problema ético e nem jurídico formal, mas sim um problema de ter ou não recursos.

No caso em tela, analisando-se a razoabilidade e a existência de recursos, percebe-se que é um dever do Estado garantir a proteção da população indígena, garantindo a efetivação dos direitos sociais e a autodeterminação, não tendo a União e FUNAI demonstrado de forma clara a inexistência de recursos, ou que os recursos existentes já estavam alocados devidamente para outros direitos fundamentais essenciais.

Por óbvio, a alegação de falta de recursos financeiros, destituída de comprovação, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público na efetivação dos direitos sociais fundamentais. Esses direitos devem ser respeitados como prioridade absoluta pelo Estado, e não podem ficar relegados indefinidamente ao desamparo e ao descaso público.

A reserva do possível jurídica, por sua vez, refere-se à possibilidade de que os recursos sejam gastos sem infringência do ordenamento jurídico. No caso do Brasil, muitos utilizam o argumento da reserva do possível para a não efetivação de uma política pública, afirmando que não há autorização na lei orçamentária para que o gasto seja realizado.

No entanto, sujeitar a efetivação de direitos fundamentais relacionados a uma minoria à reserva do possível jurídica, vale dizer, à previsão do gasto no orçamento, seria o mesmo que subordinar o direito fundamental, que é contramajoritário, à decisão da maioria política no parlamento, o que revelar-se-ia incompatível com a própria lógica da supremacia da Constituição.

Cabe ainda destacar que o entendimento da reserva de possível jurídica não é compatível com a compreensão contemporânea de democracia, posto que tal regime político não é apenas

o governo da maioria, mas depende da coexistência de alguns pressupostos, dentre os quais estaria o acesso a condições materiais mínimas, que por sua vez são asseguradas por direitos sociais. Então, pelo menos em alguma extensão, não faz sentido condicionar a tutela dos direitos fundamentais indígenas ao orçamento, por que esse condicionamento se basearia que a asseguram.

Dessa maneira, no que concerne ao mínimo existencial, não faz sentido condicionar a efetivação de direitos indígenas ao orçamento.

É certo que existe um espaço para deliberação democrática pelos administradores, mas esse espaço não é infinito, devendo esses atuarem com razoabilidade, principalmente, priorizando a efetivação do mínimo existencial, cabendo ao Judiciário fazer o controle judicial dessas escolhas, principalmente quando implicam na não efetivação de direitos essenciais.

Não se pode admitir a invocação da teoria da reserva do possível como escudo para o Estado se eximir do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

Deve-se destacar que, no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais, vigora a proibição da proteção deficiente, ou seja, o dever do Estado de efetivar tais direitos de forma devida.

Assim, quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais. Não adianta um direito ser garantido pela Constituição se não for possível garantir a efetivação desse direito.

A alegação que a intervenção do Poder Judiciário, determinando a implementação de políticas públicas diante da omissão do Estado viola a separação dos poderes não se sustenta, pois a concretização dos direitos fundamentais dos índios e a proteção desses é dever da União Federal e FUNAI, não podendo ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão "controlador" da atividade administrativa.

Logo diante da omissão daqueles que deveriam tutelar a comunidade indígena, indispensável a intervenção do Poder Judiciário, como instituição de garantia da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Portanto, se a omissão da Administração Pública comprometer a eficácia e integridade dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, imprescindível a atuação do Poder Judiciário.

Deve-se esclarecer que nenhum poder é ilimitado, e todos devem ser suscetíveis de controle, já que todo aquele que exerce poder de forma ilimitada tende a abusar dele, violando deveres estabelecidos constitucionalmente.

Seria um absurdo pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido visando a garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos indígenas.

Impende ressaltar que o C. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça reconhecem que, em casos excepcionais, é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial ao controle judicial das escolhas dos administradores, até mesmo para ser determinada a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição.

Nesse sentido destaque julgados do C. Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça:

DEFENSORIA PÚBLICA - DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA - PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA - ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPOSTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA - IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA - MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS - SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) - LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - **CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO**

JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)(grifei) ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. **Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.**

3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013)(grifei)

Como é bem de ver, fica evidente que o Poder Judiciário não pode definir políticas públicas, cabendo-lhe, porém, a emissão de um decreto judicial no sentido de garantir a aplicação da normatização específica e tornar concretos os direitos omitidos pelo Poder Público.

De fato, no caso em análise, resta evidente que os direitos fundamentais sociais e o direito à vida e a autodeterminação da comunidade indígena Ofayé-Xavantes não estão sendo devidamente resguardados, sendo imprescindível a intervenção judicial.

A norma constitucional não pode ser apenas uma promessa, ainda mais na espécie em que o dispositivo constitucional é claro ao reconhecer a proteção das Comunidades Indígenas, encontrando-se resguardados aos seus integrantes os direitos fundamentais, cabendo ao Estado, pois, instrumentalizar a efetivação da previsão constitucional.

Cumprido salientar que, diante da omissão existente no caso em tela, não está sendo cumprida a própria Missão Institucional da FUNAI que consiste em promover e proteger os direitos dos povos indígenas, devendo, para tanto, atuar permanentemente na comunidade.

Nesses casos, vale dizer, não é possível ao Poder Público invocar a discricionariedade administrativa de maneira a se escusar em determinar a adoção de medida necessária à proteção da comunidade indígena em tela, certo que não lhe resta avaliar a oportunidade e conveniência a tanto; antes, deve implementá-la norteado pelo princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19.

Impõe-se, dessa forma, a reforma da sentença, para reconhecer o dever das partes réis de prestação de serviço adequado a comunidade indígena, devendo promover todas as ações de sua competência no sentido de zelar pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, devendo ser designado no mínimo um servidor da FUNAI para o atendimento adequado, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante.

Quanto ao pedido de declaração de ilegalidade do Decreto nº 7.056/2009, o qual extinguiu os postos indígenas que tratavam os Decretos nº 4645/03 e 5833/06, esse não pode ser acolhido, uma vez que referido Decreto foi revogado pelo Decreto 7778/2012, o qual por sua vez foi revogado pelo Decreto 9.010/2017, agora vigente.

Cumprido salientar que o Decreto 9.010/2017 também não prevê o estabelecimento de postos indígenas, bem como não há provas de que a população interessada não foi previamente consultada, não existindo indícios claros de sua ilegalidade. Assim, não há como o Poder Judiciário determinar a instalação de posto indígena com fundamento nos decretos revogados, diante da ausência de previsão legal.

Saliente-se que apesar da inexistência de previsão de postos indígenas, o Decreto nº 9.010/2017 prevê a existência de coordenações técnicas locais, estabelecendo:

Art. 23. Às Coordenações Técnicas Locais compete:

I - planejar e implementar ações de promoção e proteção dos direitos sociais dos povos indígenas, de etnodesenvolvimento e de proteção territorial, em conjunto com os povos indígenas e sob orientação técnica das áreas afins da sede da FUNAI;

II - implementar ações para a localização, o monitoramento, a vigilância, a proteção e a promoção dos direitos de índios isolados ou de recente contato, em sua área de atuação, nos casos específicos de subordinação da

Coordenação Técnica Local à Frente de Proteção Etnoambiental, na forma definida em ato do Presidente da FUNAI;
III - implementar ações para a preservação e a proteção do patrimônio cultural indígena; e
IV - articular-se com instituições públicas e da sociedade civil para a consecução da política indigenista, em sua área de atuação.

Portanto, compete a FUNAI, através das coordenações técnicas locais zelar pela efetivação dos direitos sociais dos povos indígenas, direitos esses flagrantemente violados no caso em tela, violação essa decorrente da omissão da FUNAI e da União Federal que não promoveram as ações de sua competência para resguardar o bem-estar da comunidade Ofayé-Xavante.

Ante o exposto, dou parcial provimento a remessa oficial e ao recurso de apelação para condenar solidariamente as rés, União Federal e FUNAI, à prestação de serviço adequado à comunidade indígena Ofayé-Xavante, de maneira a promover todas as ações de sua respectiva competência no sentido de zelarem pelo efetivo bem-estar do povo Ofayé-Xavante, devendo ser designado no mínimo um servidor da FUNAI para o atendimento adequado, integral e imediato do povo Ofayé-Xavante, sob pena de multa diária fixada no valor de R\$1.000,00 (mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001914-06.2011.4.03.6108/SP (2011.61.08.001914-5/SP)

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
APELANTE : LUIZ FRANCISCO DE MELO
ADVOGADO : SP144716 AGEU LIBONATI JUNIOR e outro(a)
APELANTE : FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES FCP
PROCURADOR : GRAZIELE MARIETE BUZANELLO e outro(a)
APELANTE : Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA
PROCURADOR : SERGIO AUGUSTO ROCHA COELHO e outro(a)
ADVOGADO : SP000361 PAULO SÉRGIO MIGUEZ URBANO
APELADO(A) : LYDIA BERTOLI NETTO e outro(a)
: LAIS HELENA NETTO
ADVOGADO : SP100182 ANTONIO JOSE CONTENTE e outro(a)
PARTE RÉ : ANA MELO DE LIMA e outro(a)
: DIOGENES BATISTA DA CUNHA espólio
ADVOGADO : SP160450 JOSÉ SIMÕES e outro(a)
REPRESENTANTE : ANA MELO DE LIMA
No. ORIG. : 00019140620114036108 1 Vr BAURU/SP

Decisão publicada em 30/08/2019

EMENTA

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMUNIDADE QUILOMBOLA - NECESSIDADE DA ASSOCIAÇÃO AESDFPO INTEGRO O POLO PASSIVO DA DEMANDA. SENTENÇA ANULADA.

- Sentença em ação de reintegração de posse proposta por *Lydia Bertoli Neto* e Outra, julgando procedente o pedido inicial e confirmando a liminar (fls. 938).

- o fato de a área em questão se encontrar, possivelmente, em terras tradicionalmente quilombolas muda por completo o panorama da presente discussão, por não se poder ignorar, juridicamente, tal fenômeno, o qual envolveria não apenas discussão sobre domínio - o que seria vedado na presente demanda - mas também a questão da posse em si.

- A própria sentença menciona que a razão do feito tramitar na Justiça Federal foi o imóvel, objeto da presente ação, estar localizado em comunidade remanescente de quilombos (fls. 940).

- De fato, sem a demonstração concreta do exercício da posse, não se pode transmudar, automaticamente, a força da decisão de improcedência do pedido na esfera estadual numa posse presumida.

- Além disso, é preciso ouvir, no âmbito da relação processual, a representação da comunidade quilombola em comento, independente da liminar anteriormente já concedida às ora apeladas.

- Por esta razão, faz-se mister de que se manifeste nos autos a *Associação dos Remanescentes de Quilombo - Espírito Santo da Fortaleza, Porcinos e Outros*, associação devidamente constituída e reconhecida pela Fundação Cultural Palmares (Ministério da Cultura), CNPJ 10.323.510/0001-53, a qual representa a Comunidade quilombola nesta ação, a fim de integrar a lide no polo passivo litisconsorcial.

- Não há razão alguma que justifique o cerceamento da manifestação processual da referida representante da comunidade nos presentes autos, mormente considerando que essa foi a razão que justificou a atração da competência federal.

- Recursos da Fundação Cultural Palmares e do INCRA parcialmente providos, tornando nula a sentença de fls. 938/942, a fim de que a mencionada associação AESDFPO integre o polo passivo da demanda, manifestando-se devidamente nos presentes autos. Recurso de Luiz Francisco de Mello prejudicado.

RELATÓRIO

Sentença em ação de reintegração de posse proposta por *Lydia Bertoli Neto* e Outra, julgando procedente o pedido inicial e confirmando a liminar (fls. 938).

Com recurso de apelação de Luiz Francisco de Mello (fls. 952); da Fundação Cultural Palmares (fls. 958) e do INCRA (fls. 976).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 1.068 dos autos, no sentido do provimento das apelações para que se anule a sentença para que ocorra a citação da Comunidade Quilombola AESDFPO.

É o breve relatório.

VOTO

Como decorrente de análise dos autos, é possível verificar que, conforme Decreto nº 4.887/2003, a Comunidade Quilombola Porcinos obteve, perante a Fundação Cultural Palmares (FCP), Certidão de Autodefinição, reconhecendo as áreas em litígio como território quilombola.

Como menciona a própria sentença às fls. 941, o próprio INCRA sustentou às fls. 449/451 a existência de fortes indícios de que se trata de grupo Quilombola e que o processo de reconhecimento encontra-se em trâmite junto ao INCRA.

Acrescentou que os réus obtiveram a certidão de autodefinição pela Fundação Cultural Palmares, no ano de 2008 e atualmente aguardam o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) pelo INCRA.

Está em trâmite o processo administrativo de nº 54190.003805/2008-18 desde 02.10.2008, de reconhecimento e titulação da Comunidade Remanescente de Quilombo Espírito Santo da Fortaleza de Porcino e Outros, situado no Município de Agudos, figurando como interessados a Associação Espírito Santo da Fortaleza de Porcinos e Outros.

Afirmou o INCRA que há fortes indícios de que a área em litígio se sobreponha à área reivindicada pela comunidade quilombola, embora não possa ainda se manifestar conclusivamente, pois somente após a Portaria de reconhecimento do território quilombola, pela Presidência do INCRA, é que tal fato do domínio será assentado (art. 17 da IN nº 57/09), sendo necessária, pois, a conclusão do mencionado Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID).

De outro lado, como a ação reintegratória visa devolver a posse a quem a tinha e a perdeu por esbulho de terceiro, não há informação, nos presentes autos, de quem tinha, de fato, a posse, após a sentença de improcedência narrada na sentença pela justiça estadual (fls. 940), eram os atuais apelados, *Lydia Perondi* e Outros.

Como se verifica, os autores da atual demanda já foram réus em outra ação de reintegração, como consta dos autos, e tiveram uma liminar desfavorável contra si, tendo sido a demanda, posteriormente, julgada improcedente.

Há informação nos autos, por outro lado, relacionada ao citado processo estadual de nº 582/99, de que a atual apelada *Lydia Bertoli Neto* não vinha exercendo a posse, tornando-se complexa a situação (fls.1. 015).

Destarte, o fato de a área em questão se encontrar, possivelmente, em terras tradicionalmente quilombolas muda por completo o panorama da presente discussão, por não se poder ignorar, juridicamente, tal fenômeno, o qual envolveria não apenas discussão sobre domínio - o que seria vedado na presente demanda - mas também a questão da posse em si.

A própria sentença menciona que a razão do feito tramitar na Justiça Federal foi o imóvel, objeto da presente ação, estar localizado em comunidade remanescente de quilombos (fls. 940).

De fato, sem a demonstração concreta do exercício da posse, não se pode transmudar, automaticamente, a força da decisão de improcedência do pedido na esfera estadual numa posse presumida.

Além disso, é preciso ouvir, no âmbito da relação processual, a representação da comunidade quilombola em comento, independente da liminar anteriormente já concedida às ora apeladas.

Por esta razão, faz-se mister de que se manifeste nos autos a *Associação dos Remanescentes de Quilombo - Espírito Santo da Fortaleza, Porcinos e Outros*, associação devidamente constituída e reconhecida pela Fundação Cultural Palmares (Ministério da Cultura), CNPJ 10.323.510/0001-53, a qual representa a Comunidade quilombola nesta ação, a fim de integrar a lide no polo passivo litisconsorcial.

Não há razão alguma que justifique o cerceamento da manifestação processual da referida representante da comunidade nos presentes autos, mormente considerando que essa foi a razão que justificou a atração da competência federal.

Pelo exposto, hei por bem dar **parcial provimento** aos recursos da Fundação Cultural Palmares e do INCRA, tornando nula a sentença de fls. 938/942, a fim de que a mencionada associação AESDFPO integre o polo passivo da demanda, manifestando-se devidamente nos presentes autos, prejudicado o recurso de Luiz Francisco de Mello.

É o voto.

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Advogados do(a) APELANTE: PAULO CESAR BRANQUINHO - MS5216, ADALBERTO NEVES MIRANDA - MS5228, CRISTIANE DA COSTA CARVALHO - MS7457-A

APELADO: FUNDACAO NACIONAL DO INDIO, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Intimação via sistema em 25/06/2020

E M E N T A

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. OBRAS DE DUPLICAÇÃO DA RODOVIA MS-156 SEM CONSULTA PRÉVIA À COMUNIDADE INDÍGENA. DESCUMPRIMENTO DO COMPROMISSO DE EXECUTAR MEDIDAS MITIGADORAS E COMPENSATÓRIAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. INDEFERIDO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO *PARQUET* EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Narra a inicial que, por meio do Decreto Estadual n. 401, de 03 de setembro de 1917, fora criada a Reserva Indígena Francisco Horta, no município de Dourados/MS, com o escopo de alocar para aquela terra os indígenas que viviam na região. Na década de 70, o Estado do Mato Grosso do Sul construiu a rodovia MS-156, transpassando o Território da Reserva.

2. Consta que, em 2010, o Estado do Mato Grosso do Sul, ora réu, executou obras de duplicação da referida rodovia, no trecho que liga as cidades de Dourados e Itaporã, sem consulta prévia à Comunidade Indígena, contrariando a Convenção 169 da OIT.

3. Prossegue narrando que, após a oitiva extemporânea da Comunidade Indígena, o réu não implementou as medidas compensatórias que se comprometeu a executar, sendo a obra concluída sem qualquer providência por parte do ente estatal, o que, segundo o Ministério Público Federal, configura evidente omissão ilícita.

4. Diante disso, o *Parquet* ajuizou a presente ação civil pública em face do Estado do Mato Grosso do Sul, visando à condenação do réu na obrigação de fazer consistente na execução das medidas mitigadoras e compensatórias pactuadas com a Comunidade Indígena

por ocasião da duplicação da Rodovia MS-156, que transfixa a Terra Indígena Francisco Horta Barbosa – Reserva Indígena de Dourados. Posteriormente, a FUNAI foi incluída no polo ativo da demanda.

5. A r sentença julgou procedente a ação, para obrigar o réu ao cumprimento das seguintes medidas: 1) concretizar o Programa de adequação do empreendimento à realidade e ao processo de territorialização da comunidade da TI Dourados, contendo: (a) melhoria no trevo do eixo central; (b) construção de mais um trevo na rodovia; (c) reorganização e disposição dos *traffic calmings*; (d) drenagem de águas pluviais; (e) ampliação das faixas laterais, de 2,5 m para, ao menos, 4 m de largura, com melhor compactação do aterro e seu prolongamento até o Anel Viário de Dourados, com ampliação da canalização das águas do córrego Jaguapiru; (f) canalização de águas pluviais; (g) colocação de câmeras de monitoramento 24 horas ao longo do trecho em que a rodovia intercepta a TI Dourados; (h) construção e funcionamento de um posto da Polícia Rodoviária Estadual na interseção da rodovia MS 156 com o Anel Viário de Dourados; (i) proteção do cemitério indígena, localizado à margem da rodovia, com alambrado; (j) construção de dois portais nas duas extremidades da rodovia, com dizeres e artes escolhidos pela comunidade, com o propósito de informar aos usuários da rodovia que se trata de aldeia indígena e valorização da comunidade local; 2) concretizar o Programa de ampliação, sinalização, iluminação, manutenção e melhoria dos travessões internos da reserva, com o respectivo reordenamento do tráfego de veículos e pedestres nas estradas vicinais, como medida compensatória de longo prazo; 3) concretizar o Programa de reparo nas rachaduras das casas situadas em um raio mínimo de 150 m de cada lado da rodovia, e indenização às pessoas que tiveram parte de suas residências destruídas durante as obras; 4) concretizar o Programa de educação para o trânsito nas aldeias Jaguapiru, Bororó e Panambizinho, concebido e realizado em parceria com as escolas indígenas locais; 5) concretizar o Programa de recomposição de parte da cobertura vegetal existente às margens da rodovia, com a distribuição de pelo menos 2.000 mudas de espécies nativas e exóticas aos moradores da aldeia Jaguapiru, sobretudo aos residentes naquela área afetada pelo empreendimento; 6) concretizar o Programa de construção de um espaço, ao lado da rodovia, destinado ao usufruto coletivo da comunidade indígena para o comércio de seus produtos (agrícolas, artesanato etc.), em área a ser escolhida por ela; 7) concretizar o Programa de assistência jurídica e social aos familiares próximos das vítimas fatais, falecidas em decorrência de acidentes automobilísticos ocorridos durante as fases de instalação e operação do empreendimento; e 8) concretizar a Constituição de um Comitê Permanente de Monitoramento e Gestão Territorial, principalmente para o trecho afetado pela rodovia estadual MS 156, com a participação de agentes do Governo do Estado de Mato Grosso

do Sul, lideranças indígenas, representantes da Prefeitura Municipal de Dourados, MPF e FUNAI. O réu foi condenado, ainda, a apresentar, em 30 (trinta) dias, o plano para cumprimento do julgado, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

6. Em suas razões recursais, o réu arguiu, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente a ação, sob os argumentos de: a) ocorrência da prescrição quinquenal; b) ofensa ao princípio da separação dos poderes e a violação do poder discricionário da Administração Pública; c) efetivo cumprimento de algumas medidas determinadas pela sentença e a inviabilidade técnica ou jurídica de outras. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento, ao menos, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária Estadual, bem como de concretização de programa de assistência jurídica e social aos familiares das vítimas fatais de acidentes automobilísticos, ocorridos durante a realização da obra na rodovia. Por fim, requer o afastamento da multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou, ao menos, a limitação de seu valor a um patamar máximo, bem como a condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de multa, por litigância de má-fé.

7. Razão não assiste ao apelante, ao alegar a sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que devem figurar no polo passivo as autarquias estaduais IMASUL e AGESUL, que foram responsáveis pelo licenciamento e pela execução da obra, respectivamente. No caso, embora a AGESUL e o IMASUL sejam autarquias estaduais, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa, o compromisso com as Comunidades Indígenas e com o Ministério Público Federal de condicionar a continuação das obras na rodovia MS-156 à execução de medidas compensatórias foi firmado pelo Estado do Mato Grosso do Sul, ora apelante, em nome próprio.

8. Ademais, conforme bem salientado no parecer do Ministério Público Federal, não se discute na presente ação quem será o responsável direto pela efetivação das referidas medidas, tampouco eventuais vícios do procedimento de licenciamento, mas, sim, o dever do titular da obra, ou seja, do réu, de concretizar essas medidas, seja diretamente ou através de terceiros. Ressalte-se, ainda, que, nos termos do artigo 37, §6º, da CF, "*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*". Preliminar rejeitada.

9. Noutro giro, sustenta o apelante que os impactos relatados na inicial ocorreram por ocasião da pavimentação da Rodovia MS-156, no final da década de 1970, sendo que o projeto de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da referida rodovia não aumentou o

dano, uma vez que não houve qualquer alteração na faixa de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul. Aduz, assim, que, considerando que os alegados prejuízos ocorreram na década de 70, operou-se a prescrição quinquenal para compensação à Comunidade Indígena, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

10. Da leitura do artigo 231, §4º, da Constituição Federal extrai-se que o direito à posse, uso e gozo das terras indígenas é imprescritível, de modo que, ainda que as violações relatadas na presente demanda correspondessem àquelas praticadas se década de 70, o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 não se aplicaria ao caso.

11. Além disso, ao contrário do que alega o apelante, os fatos narrados na inicial se referem à ausência de cumprimento pelo Estado do Mato Grosso do Sul das medidas compensatórias do impacto gerado à Comunidade Indígena, por ocasião da duplicação da rodovia, no ano de 2009. Assim, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em 2012, mesmo que se admitisse a aplicação do referido prazo prescricional, este não teria decorrido. Ressalte-se, por oportuno, que a existência de tais impactos independe de alteração na faixa de domínio do Estado.

12. Por fim, conforme bem assinalado pelo D. Juízo *a quo*, "*a omissão estatal, como se sabe, não se submete a prazos prescricionais, pois a ofensa à lei ou ato normativo se reitera a cada dia*".

13. No mais, aduz o apelante que a sentença viola o princípio da separação dos Poderes, bem como o poder discricionário da Administração Pública, sob os argumentos de que: a) o Poder Judiciário não pode substituir-se ao Poder Executivo, de maneira que as medidas administrativas-operacionais de competência da Administração estão unicamente no campo do seu poder discricionário; b) não poderia o D. Juízo *a quo* ter analisado o mérito do ato administrativo, ou seja, a conveniência e a oportunidade da realização das obras em questão, por se tratar de medida centrada no orçamento, nas políticas públicas e na autoridade do Estado do Mato Grosso do Sul; c) a sentença interfere indevidamente na política de segurança pública do Estado do Mato Grosso do Sul, ao determinar a instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária estadual nas proximidades da Terra Indígena em questão, medidas que sequer têm relação com a causa de pedir da presente ação; e d) a política de segurança pública atinente às comunidades indígenas é atribuição da União e da Polícia Federal.

14. De início, assinala-se que, segundo o princípio da separação de poderes, disposto no artigo 2º da CF, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Trata-se de um controle recíproco entre esses poderes, através de um sistema de freios e contrapesos, a fim de assegurar o desenvolvimento do próprio Estado. Nesse sistema,

o constituinte garantiu aos Poderes independência no exercício de suas funções típicas, ao mesmo tempo em que os dotou de algumas atribuições de caráter integrativo, visando à cooperação e o equilíbrio.

15. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, qual seja, a revisão dos atos legislativos e administrativos que, em situações concretas, possam acarretar lesão ao direito do cidadão comum ou das próprias instituições, de modo que a discricionariedade administrativa não é absoluta, ou seja, não deve ser confundida com arbitrariedade.

16. No caso, não houve qualquer interferência na discricionariedade do Estado de Mato Grosso do Sul em avaliar a conveniência e a oportunidade de realizar a obra em questão na Rodovia MS-156. Porém, tendo decidido pela obra, caberia ao ente público observar todos os requisitos legais para a efetivação da mesma, dentre eles as medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas no processo de planejamento, licenciamento e execução, o que não ocorreu. Assim, estando configurada a omissão administrativa, torna-se necessária a intervenção do Judiciário.

17. Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de terras indígenas, a consulta prévia da Comunidade Indígena afetada era requisito prévio indispensável à decisão de realizar a obra. Tal medida está prevista no artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de natureza supralegal e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051/04.

18. O direito dos Povos Indígenas de participarem da tomada de decisões sobre medidas administrativas que os afetem também está consolidado nos artigos 18, 19 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

19. Ocorre que, no caso, conforme admitido pelo próprio réu, a consulta à Comunidade Indígena e a elaboração de Estudos Antropológicos e Ambientais se deu quando as obras já haviam começado, invertendo-se a ordem de todo o procedimento, razão pela qual se fez necessária a adoção de medidas mitigadoras. Sobre isso, bem assinalou o MM. Juiz *a quo*: *"Justamente neste ponto que o réu procedeu de forma irregular. O procedimento correto para realização do empreendimento deveria respeitar os seguintes passos: (1) consulta prévia às comunidades indígenas sobre os impactos das obras e possíveis medidas compensatórias; (2) realização de Estudos Antropológicos e Ambientais conclusivos, considerando-se as conversas travadas nas consultas públicas; (3) com base nesses estudos, o réu deveria, no bojo do seu poder discricionário, decidir em realizar a obra ou não; (4) em caso positivo, iniciar as obras, após a obtenção da licença de instalação e respeitando todas as condicionantes do projeto"*.

20. Tal fato também restou reconhecido no bojo do Estudo Antropológico e Ambiental, *in verbis*: "(...) *faz-se mister registrar que o projeto de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da rodovia MS 156 estava licitado e em fase avançada de implantação quando os estudos antropológicos e ambientais complementares sobre seus impactos foram iniciados. Por este motivo, tornou-se inviável propor alterações no projeto original. No entanto, medidas mitigadoras são aqui apontadas como, por exemplo, obras de revisão ao projeto original do empreendimento (...)*".

21. Porém, antes da realização do referido estudo, o Estado do Mato Grosso do Sul, em reunião realizada no dia 22/04/2010, para tratar da questão indígena no Estado, havia concordado em adotar medidas mitigadoras e compensatórias em relação à rodovia MS-156, sendo algumas estipuladas naquela ocasião e outras a serem identificadas posteriormente, conforme registrado na Ata da Reunião.

22. Assim, claro está que não houve qualquer interferência do Judiciário na discricionariedade da Administração Pública, que, inclusive, decidiu pela realização da obra, sem consultar as Comunidades Indígenas envolvidas, em evidente violação aos direitos dos indígenas. Dessa forma, a intervenção do Judiciário só se deu para determinar o cumprimento das medidas mitigadoras que o apelante já havia se comprometido a efetivar.

23. Da mesma forma, não prospera a alegação de que a sentença interfere indevidamente na política de segurança pública do Estado do Mato Grosso do Sul, ao determinar a instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária estadual nas proximidades da Terra Indígena em questão, pois, tais medidas foram apontadas no Estudo Antropológico como necessárias para reduzir o risco de atropelamentos e outros acidentes, que aumentaram após o início das obras.

24. Por fim, cumpre ressaltar que não se trata de medidas de segurança pública voltadas à proteção exclusiva dos indígenas, mas, sim, de todas as pessoas que se utilizam daquela rodovia, bem como dos animais que a atravessam. Assim, tratando-se de rodovia estadual, a implantação de tais medidas cabe ao Estado apelante, e não à União.

25. Consta também no apelo do réu a alegação de que algumas medidas determinadas pela sentença já foram cumpridas e outras não possuem viabilidade técnica ou jurídica.

26. Nessa senda, observa-se que a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecia, à época dos fatos narrados na inicial, a necessidade de licenciamento pelo órgão estadual competente para a realização de obras que acarretassem impacto negativo ao meio ambiente. Ademais, a Resolução do CONAMA n. 001/86 define impacto ambiental como "*qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas*

do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais".

27. No caso, o órgão ambiental estadual emitiu a Licença de Instalação para a obra, condicionando-a à apresentação do Estudo Antropológico e ao atendimento, pelo empreendedor, de *"todas as medidas mitigadoras e de controle ambiental apresentadas no Estudo Ambiental Preliminar e nos Planos Ambientais"*. Com efeito, tais condicionantes são medidas obrigatórias e não se inserem no campo da discricionariedade administrativa, de modo que, nos termos do artigo 19, I, da Resolução Conama n. 237/97, eventual descumprimento por parte do empreendedor pode levar até mesmo à suspensão ou ao cancelamento da licença.

28. Além disso, conforme bem salientado no parecer do Ministério Público Federal, *"é até mesmo inusitado o fato do empreendedor, no caso o Estado do Mato Grosso do Sul, voltar-se contra as condicionantes estabelecidas na licença, uma vez que não apenas os estudos utilizados no processo de licenciamento foram feitos sob sua responsabilidade como também o órgão licenciador é estadual, ou seja, a licença e as condicionantes foram estipuladas no bojo de procedimento administrativo levado a cabo por servidores estaduais e com base em estudos patrocinados pelo próprio Estado/empreendedor"*.

29. Assim, não há que se falar em inviabilidade técnica ou jurídica de algumas medidas estipuladas na r. sentença, uma vez que estas foram apontadas como necessárias e, portanto, viáveis, pelos estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, não dispondo o apelante de capacidade técnica para decidir quais delas devem ser cumpridas ou não. Ressalte-se, ainda, que a r. sentença apenas determinou o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado do Mato Grosso do Sul de implementar essas medidas, consideradas como condicionantes da licença ambiental concedida pelo órgão ambiental do próprio estado.

30. Por fim, quanto ao alegado cumprimento de algumas das medidas determinadas pela sentença, cumpre assinalar que a verificação de tal fato demandaria avaliação específica, o que não é possível nessa fase processual. Assim, a constatação de quais medidas já foram efetivadas, em conformidade com o licenciamento ambiental, e quais ainda devem ser executadas pelo apelante deve ser feita na fase de cumprimento de sentença.

31. Subsidiariamente, o apelante pleiteia o afastamento, ao menos, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária Estadual, bem como da obrigatoriedade de concretização de programa de assistência jurídica e social aos

familiares das vítimas fatais de acidentes automobilísticos, ocorridos durante a realização da obra na rodovia.

32. Todavia, o pleito deve ser indeferido. Isso porque, conforme exaustivamente explanado, não cabe ao réu, ora apelante, definir quais medidas compensatórias e mitigatórias são viáveis, ou não. As medidas em questão, tais quais as demais que constam na r. sentença, foram estabelecidas pelos profissionais que elaboraram os Estudos Antropológicos e Ambientais, mediante aplicação de critérios técnicos que não são objeto de discussão na presente ação civil pública.

33. Com efeito, havendo discordância com a conclusão dos referidos laudos, caberia ao apelante tê-los refutado em processo administrativo ou judicial específicos, com observância do contraditório e da ampla defesa, e não simplesmente tê-los ignorado, por decisão unilateral. Assim, não há elementos nos autos hábeis a afastar a obrigatoriedade das referidas medidas, razão pela qual devem ser mantidas.

34. A r. sentença condenou o apelante a apresentar, no prazo de até 30 dias, na fase de cumprimento de sentença, plano para cumprimento do julgado, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, ressaltando que, após a apresentação do referido plano, as partes deverão estabelecer, de comum acordo, prazo para o início e término das obras. Requer, assim, o apelante o afastamento da multa diária, sob o argumento de que a sua eficácia contra o ente público é questionável, ou, ao menos, a limitação de seu valor a um patamar máximo.

35. No que concerne à imposição de multa diária, verifica-se que o referido instituto é meio coercitivo aplicável à execução de sentença relativa à obrigação de fazer ou de não fazer, que passou a ser regida pela norma do artigo 497 do Código de Processo Civil. Ademais, dispõe o artigo 537 do CPC: "*A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito*".

36. No caso, tratando-se de obrigação de fazer, é perfeitamente cabível a imposição da referida multa, de caráter inibitório, cujo único objetivo é fazer com que o réu não resista ao cumprimento da obrigação outrora determinada. Sobre a possibilidade de fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1827009 2019.02.08749-4, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/09/2019).

37. Ademais, o prazo de trinta dias para apresentar o plano para o cumprimento do julgado se mostra razoável. Primeiramente porque exige-se apenas a apresentação de um plano

e não o início da execução das medidas. Além disso, o prazo só terá início na fase de cumprimento de sentença, de modo que o apelante terá tempo suficiente para se organizar até lá. Por fim, não se pode olvidar que a presente demanda foi ajuizada justamente em razão da longa omissão do Estado do Mato Grosso do Sul em implementar essas medidas.

38. Todavia, entende-se que o valor de R\$ 10.000,00 por dia de atraso se mostra exacerbado, razão pela qual deve ser reduzida para R\$ 5.000,00.

39. Por fim, pleiteia o apelante a condenação do Ministério Público Federal em litigância de má-fé, por ter juntado documento elaborado unilateralmente que reproduz diálogos fora de contexto, bem como por ter insistido na juntada de outros documentos que não têm relação com a causa de pedir.

40. Razão não lhe assiste. O referido documento acostado pelo *Parquet* denomina-se "Memória de Reunião" e apenas relata os termos acordados em uma suposta reunião realizada, em 14/05/2012, entre Lideranças Indígenas, FUNAI, o então Prefeito de Dourados e o então Governador do Mato Grosso do Sul. A juntada de documento produzido de forma unilateral não configura ato ilícito. Não houve falsificação de documento, tampouco intenção de ludibriar o Juízo através de relatos inverídicos.

41. Assim, o teor do documento foi valorado em conjunto com as demais provas juntadas aos autos, e, conforme bem assinalado pelo MM. Juiz *a quo*, sequer foi considerado para fundamentar a r. sentença. Ademais, as partes têm direito em insistir na juntada de documentos, que entendem ser necessários à comprovação dos fatos, de modo que tal comportamento também não configura ato ilícito.

42. Dessa forma, por todos os ângulos analisados, deve ser mantida a condenação do apelante à execução de todas as medidas compensatórias e mitigatórias determinadas na r. sentença, reduzindo-se apenas o valor da multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

43. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Lei n. 7347/85.

44. Apelação a que se dá parcial provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul em face da sentença que julgou procedente a ação civil pública, para lhe obrigar ao cumprimento das seguintes medidas: 1) concretizar o Programa de adequação do empreendimento à realidade e ao processo de territorialização da comunidade da TI Dourados, contendo: (a) melhoria no trevo do eixo central; (b) construção de mais um trevo na rodovia; (c) reorganização e disposição dos

traffic calmings; (d) drenagem de águas pluviais; (e) ampliação das faixas laterais, de 2,5 m para ao menos 4m de largura, com melhor compactação do aterro e seu prolongamento até o Anel Viário de Dourados, com ampliação da canalização das águas do córrego Jaguapiru; (f) canalização de águas pluviais; (g) colocação de câmeras de monitoramento 24 horas ao longo do trecho em que a rodovia intercepta a TI Dourados; (h) construção e funcionamento de um posto da Polícia Rodoviária Estadual na interseção da rodovia MS 156 com o Anel Viário de Dourados; (i) proteção do cemitério indígena, localizado à margem da rodovia, com alambrado; (j) construção de dois portais nas duas extremidades da rodovia, com dizeres e artes escolhidos pela comunidade, com o propósito de informar aos usuários da rodovia que se trata de aldeia indígena e valorização da comunidade local; 2) concretizar o Programa de ampliação, sinalização, iluminação, manutenção e melhoria dos travessões internos da reserva, com o respectivo reordenamento do tráfego de veículos e pedestres nas estradas vicinais, como medida compensatória de longo prazo; 3) concretizar o Programa de reparo nas rachaduras das casas situadas em um raio mínimo de 150 m de cada lado da rodovia, e indenização às pessoas que tiveram parte de suas residências destruídas durante as obras; 4) concretizar o Programa de educação para o trânsito nas aldeias Jaguapiru, Bororó e Panambizinho, concebido e realizado em parceria com as escolas indígenas locais; 5) concretizar o Programa de recomposição de parte da cobertura vegetal existente às margens da rodovia, com a distribuição de pelo menos 2.000 mudas de espécies nativas e exóticas aos moradores da aldeia Jaguapiru, sobretudo aos residentes naquela área afetada pelo empreendimento; 6) concretizar o Programa de construção de um espaço, ao lado da rodovia, destinado ao usufruto coletivo da comunidade indígena para o comércio de seus produtos (agrícolas, artesanato etc.), em área a ser escolhida por ela; 7) concretizar o Programa de assistência jurídica e social aos familiares próximos das vítimas fatais, falecidas em decorrência de acidentes automobilísticos ocorridos durante as fases de instalação e operação do empreendimento; e 8) concretizar a Constituição de um Comitê Permanente de Monitoramento e Gestão Territorial, principalmente para o trecho afetado pela rodovia estadual MS 156, com a participação de agentes do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, lideranças indígenas, representantes da Prefeitura Municipal de Dourados, MPF e FUNAI.

A demanda, com pedido liminar, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Estado do Mato Grosso do Sul, visando à condenação do réu na obrigação de fazer consistente na execução das medidas mitigadoras e compensatórias pactuadas com a comunidade por ocasião da duplicação da Rodovia estadual MS-156, que transfixa a Terra Indígena Francisco Horta Barbosa – Reserva Indígena de Dourados.

Foi deferida a inclusão da FUNAI no polo ativo da lide.

A liminar foi concedida. Irresignado, o réu interpôs agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento neste E. Tribunal, revogando-se a liminar.

Devidamente citado, o réu apresentou Contestação.

Réplica dos autores.

Após a devida instrução, sobreveio sentença (ID 83344034), nos termos acima delineados. O réu foi condenado, ainda, a apresentar, em 30 (trinta) dias, o plano para cumprimento do julgado, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação (ID 83344044), arguindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, bem como a impossibilidade jurídica dos pedidos que lhe imponham obrigação de fazer, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes. No mérito, requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente a ação, sob os argumentos de: a) ocorrência da prescrição quinquenal; b) ofensa ao princípio da separação dos poderes e a violação do poder discricionário da Administração Pública; c) efetivo cumprimento de algumas medidas determinadas pela sentença e a inviabilidade técnica ou jurídica de outras. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento, ao menos, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária Estadual, bem como de concretização de programa de assistência jurídica e social aos familiares das vítimas fatais de acidentes automobilísticos, ocorridos durante a realização da obra na rodovia. Por fim, requer o afastamento da multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou, ao menos, a limitação de seu valor a um patamar máximo, bem como a condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de multa, por litigância de má-fé.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

Em seu parecer (ID 90839927), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

V O T O

Narra a inicial que, por meio do Decreto Estadual n. 401, de 03 de setembro de 1917, fora criada a Reserva Indígena Francisco Horta, no município de Dourados/MS, com o escopo de alocar para aquela terra os indígenas que viviam na região. Na década de 70, o Estado do Mato Grosso do Sul construiu a rodovia MS-156, transpassando o Território da Reserva.

Consta que, em 2010, o Estado do Mato Grosso do Sul, ora réu, executou obras de duplicação da referida rodovia, no trecho que liga as cidades de Dourados e Itaporã, sem consulta prévia à Comunidade Indígena, contrariando a Convenção 169 da OIT.

Prossegue narrando que, após a oitiva extemporânea da Comunidade Indígena, o réu não implementou as medidas compensatórias que se comprometeu a executar, sendo a obra concluída sem qualquer providência por parte do ente estatal, o que, segundo o Ministério Público Federal, configura evidente omissão ilícita.

Diante disso, o *Parquet* ajuizou a presente ação civil pública em face do Estado do Mato Grosso do Sul, visando à condenação do réu na obrigação de fazer consistente na execução das medidas mitigadoras e compensatórias pactuadas com a Comunidade Indígena por ocasião da duplicação da Rodovia MS-156, que transfixa a Terra Indígena Francisco Horta Barbosa – Reserva Indígena de Dourados.

Posteriormente, a FUNAI foi incluída no polo ativo da demanda.

A r sentença julgou procedente a ação, para obrigar o réu ao cumprimento das seguintes medidas: 1) concretizar o Programa de adequação do empreendimento à realidade e ao processo de territorialização da comunidade da TI Dourados, contendo: (a) melhoria no trevo do eixo central; (b) construção de mais um trevo na rodovia; (c) reorganização e disposição dos *traffic calmings*; (d) drenagem de águas pluviais; (e) ampliação das faixas laterais, de 2,5 m para, ao menos, 4 m de largura, com melhor compactação do aterro e seu prolongamento até o Anel Viário de Dourados, com ampliação da canalização das águas do córrego Jaguapiru; (f) canalização de águas pluviais; (g) colocação de câmeras de monitoramento 24 horas ao longo do trecho em que a rodovia intercepta a TI Dourados; (h) construção e funcionamento de um posto da Polícia Rodoviária Estadual na interseção da rodovia MS 156 com o Anel Viário de Dourados; (i) proteção do cemitério indígena, localizado à margem da rodovia, com alambrado; (j) construção de dois portais nas duas extremidades da rodovia, com dizeres e artes escolhidos pela comunidade, com o propósito de informar aos usuários da rodovia que se trata de aldeia indígena e valorização da comunidade local; 2) concretizar o Programa de ampliação, sinalização, iluminação, manutenção e melhoria dos travessões internos da reserva, com o respectivo reordenamento do tráfego de veículos e pedestres nas estradas vicinais, como medida compensatória de longo prazo; 3) concretizar o Programa de reparo nas rachaduras das casas situadas em um raio mínimo de 150 m de cada lado da rodovia, e indenização às pessoas que tiveram parte de suas residências destruídas durante as obras; 4) concretizar o Programa de educação para o trânsito nas aldeias Jaguapiru, Bororó e Panambizinho, concebido e realizado em parceria com as escolas indígenas locais; 5) concretizar o Programa de recomposição de

parte da cobertura vegetal existente às margens da rodovia, com a distribuição de pelo menos 2.000 mudas de espécies nativas e exóticas aos moradores da aldeia Jaguapiru, sobretudo aos residentes naquela área afetada pelo empreendimento; 6) concretizar o Programa de construção de um espaço, ao lado da rodovia, destinado ao usufruto coletivo da comunidade indígena para o comércio de seus produtos (agrícolas, artesanato etc.), em área a ser escolhida por ela; 7) concretizar o Programa de assistência jurídica e social aos familiares próximos das vítimas fatais, falecidas em decorrência de acidentes automobilísticos ocorridos durante as fases de instalação e operação do empreendimento; e 8) concretizar a Constituição de um Comitê Permanente de Monitoramento e Gestão Territorial, principalmente para o trecho afetado pela rodovia estadual MS 156, com a participação de agentes do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, lideranças indígenas, representantes da Prefeitura Municipal de Dourados, MPF e FUNAI. O réu foi condenado, ainda, a apresentar, em 30 (trinta) dias, o plano para cumprimento do julgado, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em suas razões recursais, o réu arguiu, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente a ação, sob os argumentos de: a) ocorrência da prescrição quinquenal; b) ofensa ao princípio da separação dos poderes e a violação do poder discricionário da Administração Pública; c) efetivo cumprimento de algumas medidas determinadas pela sentença e a inviabilidade técnica ou jurídica de outras. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento, ao menos, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária Estadual, bem como de concretização de programa de assistência jurídica e social aos familiares das vítimas fatais de acidentes automobilísticos, ocorridos durante a realização da obra na rodovia. Por fim, requer o afastamento da multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou, ao menos, a limitação de seu valor a um patamar máximo, bem como a condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de multa, por litigância de má-fé.

1. Da preliminar de ilegitimidade passiva

O apelante alega a sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que devem figurar no polo passivo as autarquias estaduais IMASUL e AGESUL, que foram responsáveis pelo licenciamento e pela execução da obra, respectivamente.

Todavia, razão não lhe assiste.

No caso, embora a AGESUL e o IMASUL sejam autarquias estaduais, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa, o compromisso com as Comunidades Indígenas e com o Ministério Público Federal de condicionar a continuação das

obras na rodovia MS-156 à execução de medidas compensatórias foi firmado pelo Estado do Mato Grosso do Sul, ora apelante, em nome próprio.

Ademais, conforme bem salientado no parecer do Ministério Público Federal, não se discute na presente ação quem será o responsável direto pela efetivação das referidas medidas, tampouco eventuais vícios do procedimento de licenciamento, mas, sim, o dever do titular da obra, ou seja, do réu, de concretizar essas medidas, seja diretamente ou através de terceiros.

Ressalte-se, ainda, que, nos termos do artigo 37, §6º, da CF, "*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado do Mato Grosso do Sul. Superada a matéria preliminar, passo à análise do mérito.

2. Do mérito

2.1 Da prescrição quinquenal

Sustenta o apelante que os impactos relatados na inicial ocorreram por ocasião da pavimentação da Rodovia MS-156, no final da década de 1970, sendo que o projeto de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da referida rodovia não aumentou o dano, uma vez que não houve qualquer alteração na faixa de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul. Aduz, assim, que, considerando que os alegados prejuízos ocorreram na década de 70, operou-se a prescrição quinquenal para compensação à Comunidade Indígena, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Inicialmente, cumpre asseverar que o §4º do artigo 231 da Constituição Federal dispõe:

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.

(...)

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

Da leitura do referido artigo extrai-se que o direito à posse, uso e gozo das terras indígenas é imprescritível, de modo que, ainda que as violações relatadas na presente demanda correspondessem àquelas praticadas se década de 70, o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 não se aplicaria ao caso.

Além disso, ao contrário do que alega o apelante, os fatos narrados na inicial se referem à ausência de cumprimento pelo Estado do Mato Grosso do Sul das medidas compensatórias do impacto gerado à Comunidade Indígena, por ocasião da duplicação da rodovia, no ano de 2009. Assim, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em 2012, mesmo que se admitisse a aplicação do referido prazo prescricional, este não teria decorrido.

Ressalte-se, por oportuno, que a existência de tais impactos independe de alteração na faixa de domínio do Estado.

Por fim, conforme bem assinalado pelo D. Juízo *a quo*, "*a omissão estatal, como se sabe, não se submete a prazos prescricionais, pois a ofensa à lei ou ato normativo se reitera a cada dia*" (ID 83344034 - fl. 10).

2.2 Da alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes e ao poder discricionário da Administração Pública

Aduz o apelante que a sentença viola o princípio da separação dos Poderes, bem como o poder discricionário da Administração Pública, sob os argumentos de que: a) o Poder Judiciário não pode substituir-se ao Poder Executivo, de maneira que as medidas administrativas-operacionais de competência da Administração estão unicamente no campo do seu poder discricionário; b) não poderia o D. Juízo *a quo* ter analisado o mérito do ato administrativo, ou seja, a conveniência e a oportunidade da realização das obras em questão, por se tratar de medida centrada no orçamento, nas políticas públicas e na autoridade do Estado do Mato Grosso do Sul; c) a sentença interfere indevidamente na política de segurança pública do Estado do Mato Grosso do Sul, ao determinar a instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária estadual nas proximidades da Terra Indígena em questão, medidas que sequer têm relação com a causa de pedir da presente ação; e d) a política de segurança pública atinente às comunidades indígenas é atribuição da União e da Polícia Federal.

De início, assinalo que, segundo o princípio da separação de poderes, disposto no artigo 2º da CF, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Trata-se de um controle recíproco entre esses poderes, através de um sistema de freios e contrapesos, a fim de assegurar o desenvolvimento do próprio Estado.

Nesse sistema, o constituinte garantiu aos Poderes independência no exercício de suas funções típicas, ao mesmo tempo em que os dotou de algumas atribuições de caráter integrativo, visando à cooperação e o equilíbrio.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, qual seja, a revisão dos atos legislativos e administrativos que, em situações concretas, possam acarretar

lesão ao direito do cidadão comum ou das próprias instituições, de modo que a discricionariedade administrativa não é absoluta, ou seja, não deve ser confundida com arbitrariedade.

Dessa forma, conforme bem assinalado no parecer do Ministério Público Federal (ID 90839927):

"(...) mesmo o ato discricionário possui um molde continente da discricionariedade que, se ultrapassado, passa a ser eivado de ilegalidade, sendo passível de controle judicial.

(...)

(...) a discricionariedade é limitada, dentre outros fatores, pela lei, pela competência, pela forma, pela adequação, pela motivação, pela proporcionalidade, pela boa-fé, pela lealdade e pela igualdade.

Quando o administrador não observa os limites da discricionariedade, é dever do Poder Judiciário, à luz dos mecanismos de freios e contrapesos e de forma absolutamente alinhada à separação de poderes, controlar o ato administrativo e restaurar a legalidade."

No caso, não houve qualquer interferência na discricionariedade do Estado de Mato Grosso do Sul em avaliar a conveniência e a oportunidade de realizar a obra em questão na Rodovia MS-156. Porém, tendo decidido pela obra, caberia ao ente público observar todos os requisitos legais para a efetivação da mesma, dentre eles as medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas no processo de planejamento, licenciamento e execução, o que não ocorreu.

Assim, estando configurada a omissão administrativa, torna-se necessária a intervenção do Judiciário.

Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de terras indígenas, a consulta prévia da Comunidade Indígena afetada era requisito prévio indispensável à decisão de realizar a obra. Tal medida está prevista na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de natureza supralegal e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051/04, nos seguintes termos:

"Art. 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas."

O direito dos Povos Indígenas de participarem da tomada de decisões sobre medidas administrativas que os afetem também está consolidado nos artigos 18, 19 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007, *in verbis*:

Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Artigo 32

1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual.

Ocorre que, no caso, conforme admitido pelo próprio réu, a consulta à Comunidade Indígena e a elaboração de Estudos Antropológicos e Ambientais se deu quando as obras já haviam começado, invertendo-se a ordem de todo o procedimento, razão pela qual se fez necessária a adoção de medidas mitigadoras. Nesse sentido, restou bem assinalado pelo MM.

Juiz *a quo*:

"É preciso esclarecer que não há dúvidas quanto à realização das consultas públicas e a confecção dos Estudos Antropológicos e Ambientais, obrigatórios durante o licenciamento ambiental.

Porém, o que se observa dos autos é que a questão indígena somente foi levada em consideração no licenciamento ambiental quando às obras já haviam começado, fato que destoia completamente das normas de licenciamento ambiental.

O próprio réu menciona em sua contestação às fls. 441 que:

"50. O Estado de Mato Grosso do Sul assumiu compromissos específicos na reunião do dia 8 de abril de 2010, que não podem ser interpretados de forma extensiva. Não há, também, como se atribuir caráter vinculante a um estudo antropológico que sequer havia sido elaborado naquela ocasião, (...)" (grifei).

Justamente neste ponto que o réu procedeu de forma irregular. O procedimento correto para realização do empreendimento deveria respeitar os seguintes passos: (1) consulta prévia às comunidades indígenas sobre os impactos das obras e possíveis medidas compensatórias; (2) realização de Estudos Antropológicos e Ambientais conclusivos, considerando-se as conversas travadas nas consultas públicas; (3) com base nesses estudos, o réu deveria, no bojo do seu poder discricionário, decidir em realizar a obra ou não; (4) em caso positivo, iniciar as obras, após a obtenção da licença de instalação e respeitando todas as condicionantes do projeto." (ID 83344034, p. 17)

Tal fato também restou reconhecido no bojo do Estudo Antropológico e Ambiental, *in verbis* (ID 83341712, pp. 1/2):

"(...) faz-se mister registrar que o projeto de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da rodovia MS 156 estava licitado e em fase avançada de implantação quando os estudos antropológicos e ambientais complementares sobre seus impactos foram iniciados. Por este motivo, tornou-se inviável propor alterações no projeto original. No entanto, medidas mitigadoras são aqui apontadas como, por exemplo, obras de revisão ao projeto original do empreendimento (...)"

Porém, antes da realização do referido estudo, o Estado do Mato Grosso do Sul, em reunião realizada no dia 22/04/2010, para tratar da questão indígena no Estado, havia concordado em adotar medidas mitigadoras e compensatórias em relação à rodovia MS-156, sendo algumas estipuladas naquela ocasião e outras a serem identificadas posteriormente, conforme registrado na Ata da Reunião:

"(3) MS-156: A Procuradoria-Geral do Estado apresentou ofício encaminhado pela AGESUL, assumindo o compromisso de 'reafirmar' perante as comunidades indígenas envolvidas e a 'cumprir' efetivamente as obrigações compromissadas no início do procedimento, quais sejam: construção de duas vias laterais para o tráfego local; iluminação em toda a extensão da rodovia; instalação de dispositivos de segurança/traffic calm na travessia da comunidade; sinalização informativa em Guarani, Kaiowa, Terena e Português; instalação de 100 braços com luminária nas aldeias; manutenção do sistema viário interno, pelo menos uma vez por ano, com reposição de material que será retirado em áreas internas da aldeia - quando houver necessidade, bem como se compromete a 'incorporar' a posteriori na obra as exigências que vierem a ser apontadas no 'estudo de complementação dos impactos socioambientais da ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da Rodovia MS-156'. As Procuradorias da República de CG e Dourados manifestaram concordância com o prosseguimento regular da obra de ampliação em referência, mediante o cumprimento pelo Estado das providências então elencadas, de acordo com cronograma a ser estabelecido. A Procuradoria-Geral do Estado oficiará à AGESUL para agendamento da visita de ratificação das obrigações, com brevidade e prévia comunicação, e apresentação de cronograma de cumprimento dessas." (ID 83343882, pp. 72/73)

Assim, claro está que não houve qualquer interferência do Judiciário na discricionabilidade da Administração Pública, que, inclusive, decidiu pela realização da obra,

sem consultar as Comunidades Indígenas envolvidas, em evidente violação aos direitos dos indígenas. Dessa forma, a intervenção do Judiciário só se deu para determinar o cumprimento das medidas mitigadoras que o apelante já havia se comprometido a efetivar.

Da mesma forma, não prospera a alegação de que a sentença interfere indevidamente na política de segurança pública do Estado do Mato Grosso do Sul, ao determinar a instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária estadual nas proximidades da Terra Indígena em questão, pois, tais medidas foram apontadas no Estudo Antropológico como necessárias para reduzir o risco de atropelamentos e outros acidentes, que aumentaram após o início das obras:

"A partir das obras do empreendimento, desde a fase de implantação até a de operação, aumentaram os riscos de acidentes, especialmente os automobilísticos, a envolver moradores da TI Dourados e alguns animais por eles criados. Este é um impacto negativo direto e certo, localizado, ocorrido a partir do curto prazo, de duração permanente, intensidade alta, relevância alta, irreversível para casos com vítimas fatais e reversível em outros casos menos graves por meio de medidas mitigadoras.

(...)

Como medidas mitigadoras a este impacto, propõe-se o seguinte:

1. Que seja feito, por parte do empreendedor e com acompanhamento do MPF e da FUNAI, um levantamento dos casos de acidentes com vítimas fatais na rodovia, decorrentes do aumento da capacidade e reordenamento do tráfego da MS 156, e que seja prestada a devida assistência jurídica e social a seus familiares mais próximos.
2. Que sejam colocadas câmeras de monitoramento 24 horas ao longo do trecho em que a rodovia intercepta a terra indígena.
3. Que seja construído um posto da Polícia Rodoviária Estadual nas proximidades da reserva, porém fora dela, o qual poderá ficar no ponto de intersecção entre a rodovia MS 156 e o Anel Viário de Dourados. Esta medida mitigadora terá vários impactos positivos imediatos, pois fortalecerá a presença efetiva, protetora e moralizadora do Estado Brasileiro na área, o que inibirá a violência no trânsito naquele trecho." (ID 83341713, pp. 11/14)

Por fim, cumpre ressaltar que não se trata de medidas de segurança pública voltadas à proteção exclusiva dos indígenas, mas, sim, de todas as pessoas que se utilizam daquela rodovia, bem como dos animais que a atravessam. Assim, tratando-se de rodovia estadual, a implantação de tais medidas cabe ao Estado apelante, e não à União.

2.3 Da alegação de que algumas medidas determinadas pela sentença já foram cumpridas e outras não são viáveis técnica ou juridicamente

Consta, também, no apelo do réu a alegação de que algumas medidas determinadas pela sentença já foram cumpridas e outras não possuem viabilidade técnica ou jurídica.

A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecia, na época dos fatos narrados na inicial, a necessidade de licenciamento pelo órgão estadual

competente para a realização de obras que acarretassem impacto negativo ao meio ambiente, *in verbis*:

"Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis."

Ademais, a Resolução do CONAMA n. 001/86 define impacto ambiental nos seguintes termos:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

No caso, órgão ambiental estadual emitiu a Licença de Instalação para a obra, condicionando-a à apresentação do Estudo Antropológico e ao atendimento, pelo empreendedor, de *"todas as medidas mitigadoras e de controle ambiental apresentadas no Estudo Ambiental Preliminar e nos Planos Ambientais"* (IDs 83341719 e 83341720).

Com efeito, tais condicionantes são medidas obrigatórias e não se inserem no campo da discricionariedade administrativa, de modo que, nos termos do artigo 19, I, da Resolução Conama n. 237/97, eventual descumprimento por parte do empreendedor pode levar até mesmo à suspensão ou ao cancelamento da licença.

Ademais, conforme bem salientado no parecer do Ministério Público Federal, *"é até mesmo inusitado o fato do empreendedor, no caso o Estado do Mato Grosso do Sul, voltar-se contra as condicionantes estabelecidas na licença, uma vez que não apenas os estudos utilizados no processo de licenciamento foram feitos sob sua responsabilidade como também o órgão licenciador é estadual, ou seja, a licença e as condicionantes foram estipuladas no bojo de procedimento administrativo levado a cabo por servidores estaduais e com base em estudos patrocinados pelo próprio Estado/empreendedor"* (ID 90839927).

Assim, não há que se falar em inviabilidade técnica ou jurídica de algumas medidas estipuladas na r. sentença, uma vez que estas foram apontadas como necessárias e, portanto, viáveis, pelos estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, não dispondo o apelante de capacidade técnica para decidir quais delas devem ser cumpridas ou não.

Ressalte-se, ainda, que a r. sentença apenas determinou o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado do Mato Grosso do Sul de implementar essas medidas, consideradas como condicionantes da licença ambiental concedida pelo órgão ambiental do próprio estado.

Nesse sentido, irrepreensível a sentença ao afirmar que:

"Diga-se de passagem, os profissionais que confeccionaram os Estudos Antropológicos e Ambientais para duplicação da rodovia MS-156 são todos gabaritados, com alta qualificação, bem como foram escolhidos pelo próprio réu.

(...)

Os Estudos Antropológicos e Ambientais compõem o campo da discricionariedade técnica, que não se confunde com o poder de escolha da administração pública de realizar uma obra ou não.

Portanto, diferentemente do que alega o réu, não pode a administração pública escolher quais medidas de compensação irá adotar, quais não, pois está vinculada à conclusão dos laudos técnicos realizados no âmbito do procedimento ambiental.

Do contrário, o objeto do licenciamento ambiental se esvaziaria com a simples decisão da Administração Pública, num suposto ato de discricionariedade." (ID 83344034, p. 18).

Por fim, quanto ao alegado cumprimento de algumas das medidas determinadas pela sentença, cumpre assinalar que a verificação de tal fato demandaria avaliação específica, o que não é possível nessa fase processual. Assim, a constatação de quais medidas já foram efetivadas, em conformidade com o licenciamento ambiental, e quais ainda devem ser executadas pelo apelante deve ser feita na fase de cumprimento de sentença.

2.4 Do pedido subsidiário

Subsidiariamente, o apelante pleiteia o afastamento, ao menos, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento e de um posto da Polícia Rodoviária Estadual, bem como da obrigatoriedade de concretização de programa de assistência jurídica e social aos familiares das vítimas fatais de acidentes automobilísticos, ocorridos durante a realização da obra na rodovia.

Todavia, o pleito deve ser indeferido. Isso porque, conforme exaustivamente explanado, não cabe ao réu, ora apelante, definir quais medidas compensatórias e mitigatórias são viáveis, ou não.

As medidas em questão, tais quais as demais que constam na r. sentença, foram estabelecidas pelos profissionais que elaboraram os Estudos Antropológicos e Ambientais, mediante aplicação de critérios técnicos que não são objeto de discussão na presente ação civil pública.

Com efeito, havendo discordância com a conclusão dos referidos laudos, caberia ao apelante tê-los refutado em processo administrativo ou judicial específicos, com observância do contraditório e da ampla defesa, e não simplesmente tê-los ignorado, por decisão unilateral.

Assim, não há elementos nos autos hábeis a afastar a obrigatoriedade das referidas medidas, razão pela qual devem ser mantidas.

2.5 Da multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

A r. sentença condenou o apelante a apresentar, no prazo de até 30 dias, em fase de cumprimento de sentença, plano para cumprimento do julgado, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, ressaltando que, após a apresentação do referido plano, as partes deverão estabelecer, de comum acordo, prazo para o início e término das obras.

Requer, assim, o apelante o afastamento da multa diária, sob o argumento de que a sua eficácia contra o ente público é questionável, ou, ao menos, a limitação de seu valor a um patamar máximo.

No que concerne à imposição de multa diária, verifica-se que o referido instituto é meio coercitivo aplicável à execução de sentença relativa à obrigação de fazer ou de não fazer, que passou a ser regida pela norma do artigo 497 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente."

Ademais, dispõem os artigos 536, §1º, e 537 do CPC:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

No caso, tratando-se de obrigação de fazer, é perfeitamente cabível a imposição da referida multa, de caráter inibitório, cujo único objetivo é fazer com que o réu não resista ao cumprimento da obrigação outrora determinada.

Sobre a possibilidade de fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 1. O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreinte) contra a Fazenda Pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 536 e 537 do CPC/2015). 2. Recurso Especial provido." (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1827009 2019.02.08749-4, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/09/2019).

Dessa feita, conforme bem assinalado no parecer do Ministério Público Federal, "caso fosse acatado o argumento da apelante, no sentido de não ser possível a fixação de astreinte contra o poder público, o resultado seria a inexecução das decisões em face da Fazenda Pública, uma vez que não há ainda outro meio eficaz para impelir a Administração Pública senão a multa cominatória" (ID 90839927).

Ademais, o prazo de trinta dias para apresentar o plano para o cumprimento do julgado se mostra razoável. Primeiramente porque exige-se apenas a apresentação de um plano e não o início da execução das medidas. Além disso, o prazo só terá seu início na fase de cumprimento de sentença, de modo que o apelante terá tempo suficiente para se organizar até lá. Por fim, não se pode olvidar que a presente demanda foi ajuizada justamente em razão da longa omissão do Estado do Mato Grosso do Sul em implementar essas medidas.

Todavia, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 por dia de atraso se mostra exacerbado, razão pela qual o reduzo para R\$ 5.000,00.

2.6 Do pedido de condenação do Ministério Público Federal em litigância de má-fé

Por fim, pleiteia o apelante a condenação do Ministério Público Federal em litigância de má-fé, por ter juntado documento elaborado unilateralmente que reproduz diálogos fora de contexto (ID 83341728, pp. 11/13), bem como por ter insistido na juntada de outros documentos que não têm relação com a causa de pedir.

Razão não lhe assiste.

O referido documento acostado pelo *Parquet* denomina-se "Memória de Reunião" e apenas relata os termos acordados em uma suposta reunião realizada, em 14/05/2012, entre Lideranças Indígenas, FUNAI, o então Prefeito de Dourados e o então Governador do Mato Grosso do Sul.

A juntada de documento produzido de forma unilateral não configura ato ilícito. Não houve falsificação de documento, tampouco intenção de ludibriar o Juízo através de relatos inverídicos.

Assim, o teor do documento foi valorado em conjunto com as demais provas juntadas aos autos, e, conforme bem assinalado pelo MM. Juiz *a quo*, sequer foi considerado para fundamentar a r. sentença.

Ademais, as partes têm direito em insistir na juntada de documentos, que entendem ser necessários à comprovação dos fatos, de modo que tal comportamento também não configura ato ilícito.

Dessa forma, por todos os ângulos analisados, deve ser mantida a condenação do apelante à execução de todas as medidas compensatórias e mitigatórias determinadas na r. sentença, reduzindo-se apenas o valor da multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Lei n. 7347/85.

Em face do exposto, **dou parcial provimento ao recurso de apelação**, tão somente para reduzir o valor da multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos da fundamentação.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003271-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, FUNDACAO NACIONAL DO INDIO

Notificação das partes via sistema PJe em 15/09/2020

E M E N T A

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INDÍGENA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXONERAÇÃO DE COORDENADOR REGIONAL DA FUNAI, COM A NOMEAÇÃO DE OUTRO PARA O MESMO CARGO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 6º, 1, “a”, DA CONVENÇÃO N. 169 DA OIT, POR NÃO HAVER CONSULTA AOS INDÍGENAS INTERESSADOS. DESCABIMENTO. MEDIDA ADMINISTRATIVA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFETÁ-LOS DIRETAMENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE COMO OS INDÍGENAS SERÃO AFETADOS PELA MERA SUBSTITUIÇÃO DA COORDENADORIA. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOMEAR E PREENCHER OS SEUS CARGOS EM COMISSÃO (ART. 37, INCISOS I, II E V, TODOS DA CF/1988). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO LEGAL PREJUDICADO.

1. O MPF ajuizou ação civil pública com a finalidade de suspender os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da FUNAI e de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para o mesmo cargo, reintegrando-se Cristiano Vieira Gonçalves Hutter ao cargo, ao argumento de que houve vício de legalidade em tais atos administrativos, consistentes na ausência de consulta aos povos indígenas interessados, na forma do art. 6º da Convenção n. 169 da OIT.

2. A Convenção n. 169 da OIT cuida dos direitos dos indígenas e dos povos tribais, não se limitando a tutelar direitos trabalhistas destes povos, mas abordando outras prerrogativas. Mencionada Convenção foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, de maneira que as suas normas integram nosso sistema jurídico.

3. Como se percebe pela dicção art. 6º, 1, “a”, da mencionada Convenção, a consulta aos povos interessados somente deve ocorrer quando estejamos diante de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Quer isso significar que a consulta aos

povos indígenas não deve ocorrer em toda e qualquer situação em que houver a adoção de uma medida legislativa ou administrativa que cuide de matéria indígena, mas apenas naquelas situações em que seus interesses restarem substancialmente afetados.

4. No caso em comento, a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso. Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estar-se-ia numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando.

5. Note-se, a propósito, que nada foi apresentado em relação ao novo Coordenador que o desabone para o exercício das funções públicas que terá de desempenhar, havendo apenas alegações do MPF em abstrato aduzindo a necessidade da consulta. De mais a mais, deve-se salientar que, sendo uma norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção n. 169 da OIT precisa observar as demais normas jurídicas que integram o nosso sistema jurídico, sobretudo o texto constitucional. A Carta da República de 1988 preceitua, em seu art. 37, incisos I, II e V, que faz parte da lógica ínsita à Administração Pública a nomeação de pessoas para ocuparem cargos em comissão ou para exercerem funções de confiança, cabendo à autoridade nomeante certa discricionariedade quanto a isso, desde que preenchidos os pressupostos e condições legais.

6. A consulta pública a que se refere a Convenção n. 169 da OIT não pode ser lida de tal forma a impedir a livre nomeação de pessoas para o exercício de cargos em comissão, pena de se permitir que uma norma que ingressa em patamar infraconstitucional em nosso sistema jurídico se sobreponha ao próprio texto constitucional, o que não se admite. Em verdade, é plenamente viável conciliar todas estas disposições, partindo-se da premissa de que a consulta aos povos interessados deve ser feita para situações mais concretas de possível atingimento de direitos indígenas, o que não inclui, por ausência de repercussão mais concreta, a mera nomeação de Coordenador para compor a FUNAI.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo legal prejudicado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão que, nos autos da ação civil pública proposta na instância de origem, indeferiu o pedido de tutela antecipada, por meio do qual se pretendia suspender liminarmente os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, bem como os atos de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para o mesmo cargo, com a consequente reintegração de Cristiano Vieira Gonçalves.

A agravante sustenta que as lideranças indígenas foram totalmente alijadas do processo de escolha do novo Coordenador Regional, não tendo havido uma consulta prévia ao povo indígena. Afirma que o juízo de primeiro grau não poderia ter desconsiderado os termos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a estabelecer a necessidade de consulta prévia, uma vez que a mencionada Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com força de lei.

Defende que é inegável que a exoneração ou nomeação de pessoa para o cargo de Coordenador Regional da FUNAI Litoral Sudeste compreende uma medida administrativa suscetível de afetar diretamente os interesses dos índios, com o que a consulta aos povos interessados se fazia imperativa, na forma do art. 6º da Convenção n. 169 da OIT. Assevera que o resultado da consulta aos povos interessados não é vinculante à Administração Pública, mas que a realização da consulta é obrigatória, traduzindo uma limitação à discricionariedade administrativa em razão das peculiaridades da matéria indígena. Aponta para a ocorrência de vício de legalidade na espécie.

Este Relator indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 125599242, páginas 1-3).

Devidamente intimada, a agravada FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI apresentou sua contraminuta (ID 128313102, páginas 1-24).

Contra a decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o Ministério Público Federal interpôs agravo legal (ID 129869401, páginas 1-23).

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

V O T O

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública com a finalidade de suspender os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador

Regional Litoral Sudeste da FUNAI e de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para o mesmo cargo, reintegrando-se Cristiano Vieira Gonçalves Hutter ao cargo, ao argumento de que houve vício de legalidade em tais atos administrativos, consistentes na ausência de consulta aos povos indígenas interessados, na forma do art. 6º da Convenção n. 169 da OIT.

A Convenção n. 169 da OIT cuida dos direitos dos indígenas e dos povos tribais, não se limitando a tutelar direitos trabalhistas destes povos, mas abordando outras prerrogativas. Mencionada Convenção foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, de maneira que as suas normas integram nosso sistema jurídico. Em seu art. 6º, 1, alínea “a”, a Convenção n. 169 da OIT estabelece o seguinte:

“Art. 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; (...)”

Como se percebe pela dicção do referido dispositivo, a consulta aos povos interessados somente deve ocorrer quando estejamos diante de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Quer isso significar que a consulta aos povos indígenas não deve ocorrer em toda e qualquer situação em que houver a adoção de uma medida legislativa ou administrativa que cuide de matéria indígena, mas apenas naquelas situações em que seus interesses restarem substancialmente afetados.

No caso em comento, tenho que a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso.

Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estaríamos numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando. Note-se, a propósito, que nada foi apresentado em relação ao novo Coordenador que o desabone para o exercício das funções públicas que terá de desempenhar, havendo apenas alegações do Ministério Público Federal em abstrato aduzindo a necessidade da consulta.

De mais a mais, deve-se salientar que, sendo uma norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção n. 169 da OIT precisa observar as demais normas

jurídicas que integram o nosso sistema jurídico, sobretudo o texto constitucional. A Carta da República de 1988 preceitua, em seu art. 37, incisos I, II e V, o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

De acordo com os preceptivos constitucionais transcritos, faz parte da lógica ínsita à Administração Pública a nomeação de pessoas para ocuparem cargos em comissão ou para exercerem funções de confiança, cabendo à autoridade nomeante certa discricionariedade quanto a isso, desde que preenchidos os pressupostos e condições legais.

A consulta pública a que se refere a Convenção n. 169 da OIT não pode ser lida de tal forma a impedir a livre nomeação de pessoas para o exercício de cargos em comissão, pena de se permitir que uma norma que ingressa em patamar infraconstitucional em nosso sistema jurídico se sobreponha ao próprio texto constitucional, o que não se admite. Em verdade, é plenamente viável conciliar todas estas disposições, partindo-se da premissa de que a consulta aos povos interessados deve ser feita para situações mais concretas de possível atingimento de direitos indígenas, o que não inclui, por ausência de repercussão mais concreta, a mera nomeação de Coordenador para compor a FUNAI.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento interposto, mantendo integralmente a decisão recorrida, prejudicado o agravo legal interposto, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5026986-80.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA INCRA

Notificação das partes via sistema PJe em 25/03/2021

E M E N T A

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA 09/2020. LIMITES DA TERRA INDÍGENA. SISTEMAS SIGEF E SICAR. COGNIÇÃO SUMÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. Em síntese, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo e antecipação de tutela, objetivando incluir as terras do Estado de Mato Grosso do Sul nos sistemas SIGEF e SICAR, de modo a constar nesses sistemas as áreas indígenas regularizadas ou em processo de demarcação.

2. Sustenta a parte agravante que a Instrução Normativa 03/2012 da FUNAI estabelecia que não seria emitido atestado administrativo para imóveis incidentes em área reivindicada por grupos indígenas, em estudo de identificação e delimitação, terra indígena delimitada ou declarada, porém a recente Instrução Normativa 09/2020 revogou tal disciplina.

3. Necessário mencionar que, nesta fase processual, há tão somente uma cognição sumária, inerente à tutela de urgência que ora se busca, na medida em que a cognição exauriente implica em definitividade, a qual somente se verificará por ocasião da prolação da sentença que julgar o mérito.

4. A tutela fundada na urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, de acordo com o artigo 300 do Código de Processo Civil.

5. Por sua vez, a tutela da evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil.

6. O artigo 231, § 1º, da Carta Maior atesta que 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.

7. Em um juízo de cognição sumária, observa-se que a Instrução Normativa 09/2020 deriva de uma opção administrativa de restringir a atribuição da FUNAI à certificação dos limites da propriedade privada confrontante com a terra indígena.

8. Salientou a FUNAI que não é legalmente, ou tecnicamente, justificável inserir áreas ainda não registradas ou homologadas como terras indígenas no SIGEF, impedindo o regular direito de propriedade dos imóveis particulares.

9. Importante ressaltar que o art. 246, § 3º, da Lei n. 6015/73 dispõe que constatada, durante o processo demarcatório, a existência de domínio privado nos limites da terra indígena, a União requererá ao Oficial de Registro a averbação, na respectiva matrícula, dessa circunstância.

10. Verifica-se que a averbação possibilita que terceiros tenham consciência da situação, a fim de alertar potenciais adquirentes da área quanto ao risco de nulificação do título de propriedade, em momento futuro, na hipótese de edição de decreto homologatório.

11. Noutro dizer, o agravante busca, por meio de decisão liminar, medida que se confunde com a própria tutela definitiva. Isto é, a concessão da tutela de urgência, nos termos requeridos, tem o condão de exaurir o pleito da ação civil pública.

12. O art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências, determina que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

13. Chega-se à conclusão de que a parte agravante não demonstrou os requisitos da tutela provisória e a decisão interlocutória, ora impugnada, deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

14. Ressalta-se que, neste momento do processo, os fatos narrados na inicial devem ser analisados com moderação, a fim de que o juízo "a quo" e este órgão jurisdicional não externem qualquer juízo de valor sobre o direito alegado.

15. Somente após encerrada a fase de instrução processual, com ampla análise e eventual produção probatória, poderá haver o juízo definitivo, na medida que reclamam uma cognição exauriente por parte do órgão julgador.

16. Agravo de instrumento desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão prolatada nos autos da ação civil pública n. 5001658-87.2020.403.6002 (ID 143294719), em trâmite na 2ª Vara Federal de Dourados/MS, que indeferiu o requerimento de tutela de urgência, nos seguintes termos:

Isso porque a referida Instrução Normativa deriva de uma opção administrativa de restringir a atribuição da FUNAI à certificação apenas dos limites da propriedade privada confrontante com terra indígena, sem eliminar outros mecanismos para garantia de proteção da área indígena.

Permanece em vigor a obrigação de averbar no registro de imóveis a existência de processo demarcatório em curso, nos termos do art. 246, §3º, da Lei n. 6015/73:

Art. 246.

§ 3º Constatada, durante o processo demarcatório, a existência de domínio privado nos limites da terra indígena, a União requererá ao Oficial de Registro a averbação, na respectiva matrícula, dessa circunstância.

Tal providência não resta afetada ou prejudicada pelas alterações introduzidas pela IN 09/2020, e deve continuar sendo rigorosamente observada pela União, contribuindo assim para a segurança jurídica e a publicidade dessa circunstância.

A eliminação do Atestado Administrativo também não representa um retrocesso às garantias dos direitos indígenas, pois, se por um lado inviabilizava a regularidade da propriedade rural potencialmente localizada em área indígena, também não promovia a defesa dos direitos indígenas, que permaneciam sem o usufruto da terra.

Por fim, considerando que a IN 09/2020 somente simplifica os requisitos administrativos para a regularização da propriedade rural, sem negar o direito originário das populações indígenas, não se mostra impositiva a consulta aos povos interessados, como exige o art. 6º, 1, 'a', da Convenção 169 da OIT.

No tocante à alegação de risco gerado às comunidades indígenas durante a atual situação de pandemia, não se vislumbra a sua presença, tendo em vista que a IN 09/2020 apenas gera efeitos formais, atinentes ao georreferenciamento das propriedades privadas, sem determinar ou ocasionar efeitos práticos sobre eventual ocupação ou posse indígena sobre essas terras. DIANTE DO EXPOSTO, indefiro o requerimento de tutela de urgência.

Em síntese, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), objetivando incluir as terras do Estado de Mato Grosso do Sul nos sistemas SIGEF e SICAR, de modo a constar nesses sistemas as áreas indígenas regularizadas ou em processo de demarcação.

Sustenta a parte autora que a Instrução Normativa 03/2012 da FUNAI estabelecia que não seria emitido atestado administrativo para imóveis incidentes em área reivindicada por grupos indígenas, em estudo de identificação e delimitação, terra indígena delimitada ou declarada, porém a recente Instrução Normativa 09/2020 revogou tal disciplina.

O MM. Juiz “a quo” indeferiu o requerimento de tutela de urgência, destacando que a IN 09/2020 apenas gera efeitos formais, atinentes ao georreferenciamento das propriedades privadas, sem determinar ou ocasionar efeitos práticos sobre eventual ocupação ou posse indígena sobre essas terras.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, e requereu a antecipação de tutela nos mesmos termos da petição inicial, a saber:

1.1) a FUNAI, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais), mantenha ou, no prazo de 24 horas, inclua no SIGEF, 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 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.

1.2) a FUNAI, sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por ato contrário à decisão, 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 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.

1.3) a FUNAI, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais), mantenha ou, no prazo de 24 horas, inclua no SICAR, 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 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.

1.4) o INCRA, sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por procedimento descumprido, 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 do Estado de Mato Grosso 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 (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.

1.5) o INCRA, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais), como gestor do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, providencie, no prazo de 24 horas, os meios técnicos para o imediato cumprimento da decisão judicial.

O INCRA e a FUNAI apresentaram contraminutas ao agravo de instrumento, pleiteando, resumidamente, o não provimento do recurso.

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região apresentou parecer e opinou pelo provimento do agravo de instrumento, salientando que *"não há que se falar em perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, pois o pedido de tutela de urgência formulado é baseado em se manter uma situação que já existia antes da edição da IN 09/2020."*

É o breve relatório.

Passo a decidir.

V O T O

Inicialmente, necessário mencionar que, nesta fase processual, há tão somente uma cognição sumária, inerente à tutela de urgência que ora se busca, na medida em que a cognição exauriente implica em definitividade, a qual somente se verificará por ocasião da prolação da sentença que julgar o mérito.

Conforme o artigo 294 do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode se fundamentar em urgência ou evidência.

A tutela fundada na urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, de acordo com o artigo 300 do Código de Processo Civil.

O artigo 300, § 3º, do Código de Processo Civil leciona que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Por sua vez, a tutela da evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Tecidas essas considerações, passo ao exame dos autos.

O artigo 231 da Constituição Federal dispõe que 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.

Além disso, o artigo 231, § 1º, da Carta Maior atesta que 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.

Nesse panorama, o artigo 1º da Lei n. 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, demonstra a integração dos índios à comunhão nacional, com a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, “*verbis*”:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

O Ministério Público Federal, ora agravante, busca, em síntese, a inclusão das terras do Estado de Mato Grosso do Sul nos sistemas SIGEF e SICAR, de modo a constar nesses sistemas as áreas indígenas regularizadas ou em processo de demarcação.

Alega o “parquet” que a Instrução Normativa 03/2012 da FUNAI disciplinava a emissão de documento intitulado “Atestado Administrativo e Declaração de Reconhecimento de Limites”, o qual visava atestar a regularidade da situação geográfica de imóveis rurais particulares em relação às terras indígenas regularizadas ou que se encontravam em processo de demarcação.

Entretanto, a Instrução Normativa 09/2020 da FUNAI determina 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 domaniais indígenas plenamente regularizadas.

Vale trazer à baila o artigo 1º da Instrução Normativa 09/2020 da FUNAI:

Art. 1º. A emissão do documento denominado Declaração de Reconhecimento de Limites será processada de acordo com as normas estabelecidas na presente Instrução Normativa.

§ 1º. 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 domaniais indígenas plenamente regularizadas.

§ 2º. 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.

§ 3º. As comunidades indígenas que se tornem, por seus próprios meios, proprietárias de imóveis rurais ou urbanos deverão comunicar os limites desses imóveis para que a FUNAI possa contemplá-los na análise de emissão de Declaração de Reconhecimento de Limites.

§ 4º. O procedimento de análise de sobreposição da FUNAI realizada pelos servidores credenciados no Sistema de Gestão Fundiária (SIGEF) do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deverá seguir os conceitos e regras disciplinados nesta Instrução Normativa.

§ 5º. Os atestados administrativos já emitidos pela FUNAI ao tempo da publicação da presente instrução normativa permanecem válidos a seus fins legais.

Todavia, em um juízo de cognição sumária, observa-se que a Instrução Normativa 09/2020 deriva de uma opção administrativa de restringir a atribuição da FUNAI à certificação dos limites da propriedade privada confrontante com a terra indígena.

Na Informação Técnica nº 308/2020/CGGEO/DPT-FUNAI (ID 146084665), a FUNAI defende que não é legalmente, ou tecnicamente, justificável inserir áreas ainda não registradas ou homologadas como terras indígenas no SIGEF, impedindo o regular direito de propriedade dos imóveis particulares.

Ressaltou a FUNAI que a demarcação das terras indígenas deve observar os princípios constitucionais e é exatamente isso que a Instrução Normativa 09/2020 promove, ou seja, o respeito ao devido processo legal, sem atentar contra direitos constitucionalmente garantidos.

Convém transcrever a Informação Técnica nº 308/2020/CGGEO/DPT-FUNAI (ID 146084665):

Ora, veja a repercussão que a IN 3, agora revogada pela IN 9/2020, tinha: observe que o levantamento de benfeitorias como ato unilateral da FUNAI considera a área do ocupante, mas a IN 3, durante sua vigência, impedia por si só, que o próprio ocupante produzisse sua contra prova técnica de georreferenciamento constituindo-se em verdadeiro obstáculo à defesa e exercício arbitrário das próprias razões pela FUNAI. O próprio SIGEF, em sua normatização, estabelece que a validação do georreferenciamento naquele sistema não representa obtenção de domínio em qualquer área de terra, ou seja, se a IN veio regular o reconhecimento de limites no âmbito da FUNAI em um sistema que não se trata de obtenção de domínio, não é prudente descrever a IN 9/2020 como ato de regularização de grilagem. Além disso, o sistema SIGEF não é e não representa serviço registral de imóveis. Pelo contrário, SIGEF representa apenas um serviço de validação de georreferenciamento de imóveis em que os cidadãos validam o tamanho de suas áreas, em nada se confundindo com sistema Registral. (Destacamos)

Argumenta, ainda, o “parquet” que a Instrução Normativa 09/2020 da FUNAI viola a publicidade e a segurança jurídica ao desconsiderar por completo terras indígenas delimitadas, terras indígenas declaradas e terras indígenas demarcadas fisicamente, além das terras indígenas interditas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas em isolamento voluntário.

Porém, importante ressaltar que o art. 246, § 3º, da Lei n. 6015/73 dispõe que constatada, durante o processo demarcatório, a existência de domínio privado nos limites da terra indígena, a União requererá ao Oficial de Registro a averbação, na respectiva matrícula, dessa circunstância.

Oportuno transcrever a Lei n. 6015/73, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências:

Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.

§ 1º As averbações a que se referem os itens 4 e 5 do inciso II do art. 167 serão as feitas a requerimento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido pela autoridade competente. A alteração do nome só poderá ser averbada quando devidamente comprovada por certidão do Registro Civil.

§ 2º Tratando-se de terra indígena com demarcação homologada, a União promoverá o registro da área em seu nome.

§ 3º Constatada, durante o processo demarcatório, a existência de domínio privado nos limites da terra indígena, a União requererá ao Oficial de Registro a averbação, na respectiva matrícula, dessa circunstância.

Verifica-se que a averbação possibilita que terceiros tenham consciência da situação, a fim de alertar potenciais adquirentes da área quanto ao risco de nulificação do título de propriedade, em momento futuro, na hipótese de edição de decreto homologatório.

No tocante à alegação de risco gerado às comunidades indígenas durante a atual situação de pandemia, como bem asseverou o MM. Juiz “a quo”, *“não se vislumbra a sua presença, tendo em vista que a IN 09/2020 apenas gera efeitos formais, atinentes ao georreferenciamento das propriedades privadas, sem determinar ou ocasionar efeitos práticos sobre eventual ocupação ou posse indígena sobre essas terras.”*

Noutro dizer, o agravante busca, por meio de decisão liminar, medida que se confunde com a própria tutela definitiva. Isto é, a concessão da tutela de urgência, nos termos requeridos, tem o condão de exaurir o pleito da ação civil pública.

O art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências, determina que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Chega-se à conclusão de que a parte agravante não demonstrou os requisitos da tutela provisória e a decisão interlocutória, ora impugnada, deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ressalta-se que, neste momento do processo, os fatos narrados na inicial devem ser analisados com moderação, a fim de que o juízo "a quo" e este órgão jurisdicional não externem qualquer juízo de valor sobre o direito alegado.

Somente após encerrada a fase de instrução processual, com ampla análise e eventual produção probatória, poderá haver o juízo definitivo, na medida que reclamam uma cognição exauriente por parte do órgão julgador.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.