



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER n. 00042/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 08620.002222/2009-18

INTERESSADOS: DPT-FUNAI

ASSUNTOS: TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA REASSENTAMENTO DE INDÍGENAS E CRIAÇÃO DE RESERVA INDÍGENA

EMENTA:

ANÁLISE JURÍDICA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENVOLVENDO A FUNAI COMO COMPROMISSÁRIA. NECESSIDADE DE SOLICITAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. PORTARIA PGF 201/2013. REASSENTAMENTO DA COMUNIDADE INDÍGENA TERENA DE RONDÔNIA EM LOTES A SEREM CONCEDIDOS PELA UNIÃO E PELO EXÉRCITO BRASILEIRO PARA A CRIAÇÃO DE RESERVA INDÍGENA.

I - Fundamentos jurídicos e finalidades públicas que justificam a celebração do TAC, sendo compromitente o Ministério Público Federal (MPF) e compromissárias a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Exército Brasileiro (Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva), a União e a Comunidade Indígena Terena de Rondônia.

II – Juridicidade e a possibilidade jurídico-formal de assinatura da proposta de TAC, desde que atendidas as recomendações de adequação de redação e que seja retirada a aplicação de multa diária em razão de descumprimento.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

RELATÓRIO

1. Trata-se de procedimento encaminhado a este DEPCONSU/PGF para análise jurídica de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), com vistas à Autorização do Advogado-Geral da União, sendo compromitente o Ministério Público Federal (MPF) e compromissárias a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Exército Brasileiro (Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva), a União e a Comunidade Indígena Terena de Rondônia. O objeto do TAC se refere ao reassentamento dos índios da etnia Terena que se encontram em área de interesse do Exército (dos lotes 70 a 78 do Setor Tenente Marques - Gleba Iquê, para os lotes 42 e 43

do Setor Tenente Marques-Gleba Iquê), com concessão de usufruto da área da União a essa comunidade indígena para posterior criação de Reserva Indígena no local nos lotes a serem ocupados.

2. O encaminhamento dos autos deu-se a partir do conteúdo da Nota nº 00370/2015/COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU (item 2 da sequência no Sapiens), devidamente aprovada pelos Despachos nº 00884/2015/COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Coordenadora de Assuntos Finalísticos) e nº 00197/2015/GAB/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Procurador-Chefe Nacional Substituto), cujos principais trechos se destacam a fim de relatar o histórico do caso, a saber:

"NOTA n. 00370/2015/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU

(...)

1. O presente processo foi submetido a esta PFE por meio do Despacho nº 751/PRES/2015/FUNAI-MJ (fl.398) para providências objetivando a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre a Funai, o Exército Brasileiro, o MPF e a Comunidade Indígena Terena de Rondônia, tendo por objeto "a transferência de índios da etnia Terena dos Lotes 70 a 78 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê) e o seu reassentamento nos Lotes 42 e 43 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê), com concessão de usufruto da área de domínio da União àquele grupo indígena, para posterior criação de uma Reserva Indígena no local".

2. Reporta-se aos termos da Nota nº371/2014/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COAF (fls.259/264), que analisou com acuidade a minuta de TAC vista às fls.241/254, sugerindo nova redação para os itens da cláusula quinta, referente às obrigações a serem assumidas pela Funai. Outrossim, com relação à criação da reserva indígena, opinou pela necessidade de comprovação, pela área técnica, de que o imóvel rural atendesse às necessidades da comunidade indígena. Por fim, registrou a necessidade de submissão da matéria ao órgão central da Advocacia-Geral da União, em face da Portaria PGF nº 201/2013.

3. Em atendimento à demanda técnica, a Coordenação Regional da Funai em Cuiabá - MT produziu o "Relatório Circunstanciado de Constituição da Reserva Indígena UTY-Xunaty-Vilhena (RO)" (fls.334/370), segundo o qual:

Os estudos técnicos para a transferência dos Lotes 42 e 43 do Exército Brasileiro para a Funai indicam a qualidade e pertinência para abrigar as famílias/tronco da Comunidade Terena de Vilhena, desde que cumpridas as condições arroladas no referido Termo de Compromisso.

4. A DPT, por sua vez, elaborou o Memorando nº810/2015/CGAF (fls.395/396), concluindo da seguinte forma:

Com relação ao atendimento da Nota nº371/2014/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COAF, foram saneadas as pendências técnicas requeridas, uma vez que pela análise apresentada pela CGID por meio da Informação Técnica nº69/CGID/2014 e do Parecer nº233/CGID/2015, não há manifestação daquela Coordenadoria sobre a reivindicação da área por outro grupo indígena. Já o Relatório Circunstanciado de Constituição da Reserva indígena Uty-Xunaty, devidamente aprovado pela CGID, **pelo Parecer nº233, conclui que a**

área estudada oferece as condições necessárias para assegurar a reprodução física e cultural das famílias indígenas Terena. Em se tratando do georreferenciamento dos limites, de acordo a consulta verbal junto ao Coordenador-Geral de Geoprocessamento, este informou que já estão sendo adotadas as providências para designação de um técnico a fim de executar a demarcação física dos limites dos Lotes 42 e 43.

Dessa forma, estando efetivadas as pendências técnicas, em complemento à solicitação dada pela Nota nº371/2014/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COAF, procedemos a consolidação da minuta do Termo de Ajuste de Conduta, considerando a regularidade técnica da minuta proposta e com base na manifestação da PFE-FUNAI exarada na referida Nota, pelo qual segue em cinco vias de igual teor. Conforme disposto na Portaria PGF nº201/2013, os autos devem seguir à Presidência da Funai, para manifestação conclusiva sobre o interesse na celebração do referido TAC e, após, serem remetidos à Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, para os procedimentos necessários à lavratura do referido termo.

5. À fls.397 consta despacho do Diretor de Proteção Territorial - Substituto, submetendo a matéria à autoridade máxima da autarquia, que assim decidiu (fl.398):

I) Acolher os termos do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC em referência, manifestando o interesse da Funai na celebração do mesmo.

II) Encaminhar os autos acima referidos à Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, autorizando as providências com vistas celebração do referido TAC e à continuidade do processo de regularização dos Lotes 42 e 43 da Gleba Iquê, cedidos pelo Exército Brasileiro, que visa a constituição da Reserva Indígena Uty-Xunaty, na forma estabelecida pelos art.26 e 27 da lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973.

6. Do relatório supra, **depreende-se que o presente processo, no qual resta pendente autorização do Advogado-Geral da União para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, encontra-se instruído com os documentos e informações indicados no art.3º, da Portaria PGF nº 201/2013, aplicáveis ao caso, quais sejam:**

I) **Manifestação de interesse do dirigente máximo da autarquia na celebração do ajuste (fl.398), contendo análise expressa do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas (fls.395/396 e fl.397);**

II) **Parecer conclusivo da PFE sobre a viabilidade jurídica do TAC, contendo a análise da minuta da proposta (fls.259/265);**

III) **Cópia da minuta do TAC, contendo as alterações decorrentes da análise técnica e jurídica.**

7. Quanto a este último item, registra-se que a Sead deve acostar aos autos minuta que se encontra em anexo.

8. Dessa feita, por se tratar de proposta de TAC no qual figuram, além de órgãos da administração federal (Funai e Exército Brasileiro), o MPF e a Comunidade Indígena Terena de Rondônia, havendo cláusulas de assunção de compromissos, inclusive com previsão de multa no caso de descumprimento de prazos, entende-se imprescindível a autorização do Advogado-Geral da União para sua celebração, nos termos da Portaria PGF nº 201/2013.

9. Sugere-se a remessa do feito ao Gabinete da PFE/Funai, para apreciação e encaminhamento do feito à Procuradoria-Geral Federal, na forma acima explanada."
(negritou-se)

3. Ressaltam-se, ainda, os seguintes documentos juntados ao processo físico(digitalizado no item 5 da sequência no Sapiens):

1) às fls.259/265, **manifestação jurídica pela PFE/FUNAI favorável à assinatura do TAC, qual seja, a Nota nº 371/2014/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COAF, aprovada pelo Despacho nº 1167/2014/GAB/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Procurador-Chefe Nacional)**, relatada na Nota nº 00370/2015/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU supracitada (item 6) como "Parecer conclusivo da PFE sobre a viabilidade do TAC, contendo a análise da minuta da proposta", para fins de atendimento ao que disposto na Portaria PGF nº201/2013;

2) Às fls. 384/386, **ata de reunião em 09/05/2014 relativa à consulta junto à Comunidade "Terena Uty xunati" por funcionário da FUNAI (Carlos Márcio Vieira Barros), em que se registra, inclusive, concordância expressa da comunidade com a mudança para os lotes 42 e 43, consoante comunicado da Comunidade ao então Chefe do Estado-Maior da 17ª Brigada de Infantaria de Selva(fl.386);**

3) à fl.398, **Despacho nº51/PRES/2015/FUNAI-MJ, do Presidente da FUNAI, de 04/09/2015, cujo teor é: "Decido por: I)Acolher os termos do Termo. de Ajustamento de Conduta-TAC em referência, manifestando o interesse da FUNAI na celebração do mesmo; II) Encaminhar os autos acima referidos à Procuradoria Federal Especializada junto. à FUNAI, autorizando. as providências com vistas celebração do referido TAC °e à continuidade do. processo de regularização dos Lotes 42 e 43 da Gleba Iquê, cedidos pelo Exército. Brasileiro, que visa a constituição. da Reserva Indígena Uty-xunaty, na forma estabelecida pelos art. 26 e 27 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973;**

4) às fls.402/407 - **última versão do TAC**, acostada aos autos, ora analisada.

4. Com vistas ao incremento da instrução deste feito, solicitou-se à PFE/FUNAI esclarecimento adicional consoante e-mail (juntado aos autos no Sapiens), atendido pelo Procurador-Chefe Nacional Substituto e Coordenador de Assuntos Estratégicos, de cujo teor destaca-se o seguinte:

" (...)O fato é que os índios já ocupam a área. Esse usufruto é objeto de negociação entre índios, Exército, SPU, MPF e FUNAI.

Todas as partes assentiram com essas cláusulas. Os índios

concordaram com as obrigações a eles impostas. Qualquer violação a obrigações será objeto de ampla defesa e contraditório, o qual será mediado pela FUNAI e MPF. No mais, há uma proporcionalidade quando se afirma “poderá ensinar”.

Não se trata de terra tradicional, portanto, não se lhe aplica o regime do art. 231 da CF/88.

Quanto aos questionamentos:

1) *Existe fundamentação legal/infralegal para atribuir cassação de atos administrativos da União ou da FUNAI em razão do descumprimento de obrigações pela Comunidade Indígena?*

2) *Quem e como se realiza a “cassação de atos administrativos de concessão de usufruto” ou “cassação da titulação da área como Reserva Indígena” (que deverá ser criada em apenas 180 dias a partir da regularização do usufruto precário, conforme Cláusula Décima)?*

3) *Embora a finalidade da cláusula seja forçar a Comunidade ao cumprimento de suas obrigações, uma vez isso não ocorrendo e gerando a dura consequência de eventual desfazimento da Reserva Indígena já criada, surge um problema para a FUNAI. Então, como se resolveria o novo problema de o Poder Público ter que cumprir seu dever de proteção e efetivação de direitos indigenistas da coletividade indígena? Não é juridicamente inadequado, ao fim dessa eventual cassação, atribuir consequências danosas à FUNAI (que deverá definir outro local para que essa comunidade exerça seus direitos e interesses)?*

1) O instrumento é um termo de ajustamento de conduta. Na prática, trata-se de uma cessão do usufruto a terceiros (índios). O cedente tem poderes para determinar cláusulas, desde que sejam possíveis e lícitas. Tudo foi objeto de avença, não havendo hipossuficientes nessa relação (lembrem-se que MPF e FUNAI defendem os interesses indígenas).

2) Com a cassação do usufruto, os indígenas deverão de lá se retirar. Lembro que a área estava sob responsabilidade do Exército/SPU. A eles sempre competiu a prerrogativa de se utilizar da força (autotutela) ou do Judiciária para retirá-los (a princípio, eram invasores). Contudo, preferiu-se a regularização fundiária. De toda sorte, como já asseverei acima, só um fato muito grave para desfazer a expectativa de direito da terra tornar-se reserva indígena.

3) **A cláusula deve ser lida como cassação dos atos administrativos necessários à titulação da área como reserva indígena, ou seja, a reserva ainda não fora criada. Uma vez criada, regime jurídico é outro que não o título precário do usufruto.** Todo ajuste pressupõe a boa-fé dos partícipes. Reitera-se o que foi dito acima, só algo muito grave faria esse ajuste não se concretizar. Na pior das hipóteses, acaso haja o despejo dos indígenas, a FUNAI e a União terão de acomodar os interesses dessa população vulnerável através de ações específicas, notadamente regularização fundiária

em outra área. A meu ver, essa decisão, “esse risco”, é parte do mérito administrativo, cabendo-nos apenas apontar para as possíveis consequências jurídicas, as quais já são sabidas pela FUNAI e demais envolvidos.

Copio o Diretor de Proteção Territorial da FUNAI e o Coordenador-Geral de Assuntos Fundiários para ciência do teor desta resposta." (Negritou-se)

5. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DO OBJETO DA PRESENTE ANÁLISE

6. A presente análise abordará os principais pontos relacionados ao cumprimento da Portaria PGF n° 201/2013 (Dispõe sobre o pedido de autorização necessário para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como compromissárias), em especial, os aspectos do TAC que envolvam a atuação da compromissária FUNAI, cuja orientação jurídica dá-se pelos órgãos desta PGF/AGU, no âmbito das atribuições legais e regimentais dessa autarquia (Lei n° 5.371/67 e Decreto n° 7.778/2012), notadamente, relacionadas com os fins de proteger e promover os direitos dos povos indígenas.

7. Serão enfrentadas questões jurídicas de ordens formal e material, com vistas à adequação do instrumento do TAC em tela ao ordenamento jurídico vigente, assim, subtraindo-se considerações de ordem técnica próprias dos órgãos da Administração da FUNAI e aquelas referentes a seu estrito juízo de conveniência e oportunidade.

DA JURIDICIDADE DO ACORDO

8. O Termo de Ajustamento de Conduta(TAC) proposto, em sua última versão sob análise (fls. fls.402/407) tem expressa **eficácia de título executivo extrajudicial, conforme sua CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA**, produzindo efeitos a partir de sua assinatura e tendo validade até a criação da Reserva Indígena, após a qual o MPF promoverá o arquivamento do feito em até 30(trinta) dias. Sob o aspecto procedimental, é imprescindível que se obedeçam às condições e eventuais restrições legais à celebração dessa espécie de acordo, devendo-se respeitar, ainda, a competência daqueles que poderão firmá-lo em nome das partes signatárias.

9. No âmbito da FUNAI, **a celebração do TAC compete ao seu Presidente**, autoridade máxima da entidade, consoante expressa atribuição do art.25, V, do Decreto n° 7.778/2012 ("Art. 25. Ao Presidente incumbe: V - representar a FUNAI judicial e extrajudicialmente, podendo delegar poderes;").

10. Como supracitado, há **manifestação técnica favorável da autarquia**, seja pela área técnica, seja pelo Despacho do seu Presidente - a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, às fls.395/397, bem como Despacho n°51/PRES/2015/FUNAI-MJ, do Presidente da FUNAI, de 04/09/2015, dirigente máximo da autarquia corroborando interesse (conveniência e oportunidade) na celebração do ajuste.

11. Como bem explicitado na instrução dos autos e nos termos dos esclarecimentos adicionais citados e constantes do e-mail da PFE/FUNAI (juntado no Sapiens), o TAC visa regularizar uma situação de ocupação indígena em área de responsabilidade do Exército, de modo que na solução prevista dar-se-á a cessão do usufruto a terceiros (índios), em que o cedente tem poderes para determinar cláusulas lícitas, nos termos da prévia avença, preservada a participação do MPF e da FUNAI na defesa dos interesses indígenas. Ainda, caso ocorra a eventual cassação do usufruto, os indígenas devem retirar-se da área.

12. Nesse sentido, observando-se o que indicado nas manifestações técnicas da FUNAI e no objeto

da minuta em tela - “**SEÇÃO I - DO OBJETO - CLÁUSULA PRIMEIRA** (...) tem por objeto a transferência de índios da etnia Terena dos Lotes 70 a 78 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê) e o seu reassentamento nos Lotes 42 e 43 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê), com a concessão de usufruto da área de domínio da União àquele grupo indígena, para posterior criação de uma Reserva Indígena no local”-, **confirma-se inicialmente a licitude e adequação jurídica do objeto e da natureza de título extrajudicial do instrumento, a ser firmado pelo Presidente da FUNAI**, enquanto entidade executora da política indigenista nacional.

13. **Quanto aos fundamentos jurídicos e finalidades públicas que justificam a celebração do TAC em tela**, nomeadamente, **sob a ótica dos interesses da comunidade indígena**, a serem protegidos pela FUNAI, é sabido que, enquanto minoria étnica e detentora de cultura e modos de vida próprios, os indígenas são protegidos por normas constitucionais- arts.215, 216 e 231, da Constituição Federal - CF, e infraconstitucionais - arts. 26 e 27, da Lei nº 6.001/1973 - Estatuto do Índio, e normas do Decreto nº5.051/2004 que promulgou a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 169 - arts.1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 1. "a)", 2, e 16. Nesse sentido, destacam-se as seguintes normas aplicáveis ao presente caso, a saber:

"Constituição Federal:

DA CULTURA

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º **O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras**, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico,

artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

DOS ÍNDIOS

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

(...)

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo." (grifou-se)

"Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)

Das Áreas Reservadas

Art. 26. **A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.**

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) **reserva indígena;**
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. **Reserva indígena é uma área destinada a servidor de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.**" (grifou-se)

Convenção OIT 169 promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004

(Força de lei)

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) **aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições** ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. **Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.**

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e

instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 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.(...)

Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser translados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, **esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das**

terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferiram receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento."
(grufou-se)

14. Assim, é desse contexto jurídico-normativo supracitado que se extrai a necessidade da consulta realizada junto aos indígenas da Comunidade Indígena Terena, bem como a escolha adequada para seu reassentamento em nova área em que essa etnia deverá ocupar e manter suas respectivas condições sociais, culturais e econômicas, inclusive, em área a ser transformada em Reserva Indígena nos termos legais do Estatuto do Índio.

15. Sob esses aspectos, então, **restam devidamente confirmados o motivo e a finalidade em consonância com o interesse público almejado pelas partes interessadas, em especial, nesta análise, nas obrigações a serem executadas pela FUNAI e pela Comunidade Indígena Terena nos termos da proposta do TAC em comento, em relação às quais já houve plena concordância.**

16. Além da supramencionada confirmação da adequação formal e dos principais fundamentos jurídicos do TAC que justificam sua formalização, com vistas à sua **regularidade material, indica-se a necessidade de pequenos ajustes de redação com vistas à sua adequação jurídica**, consoante o que se segue.

17. Quanto ao **PREÂMBULO**, entende-se que no **último "CONSIDERANDO"** não deve haver referência à parte do art.46 da Lei nº6.001/67 que aplica ao patrimônio indígena o regime de "área de preservação permanente" no antigo Código Florestal - Lei nº 4.771/65 (art.2º: "§2ºAs florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei."), pois esse §2º, do art.2º, da Lei nº 4.771/65 está revogado pelo Novo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012.

18. Consoante arts.4º e segs. do Novo Código Florestal (Lei nº12.651/2012), no âmbito do "Capítulo II - DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE" (APP), e em face de toda a legislação ambiental vigente, não é mais possível depreender-se que as terras indígenas sejam submetidas ao regime de APP's, enquanto instituto jurídico-ambiental cujas regras de proteção preservacionista admitem apenas excepcionalmente corte de vegetação/supressão da área sob severo regime. Note-se, que, consoante o atual art.8º, da Lei nº 12.651/2012, isso somente poderá ocorrer nos casos de utilidade pública, de interesse social e de baixo impacto ("Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei").

19. Sobre as restrições ambientais legais pelo atual Código Florestal - Lei nº 12.651/2012, em cotejo com a antiga legislação do Código Florestal da Lei nº 4.771/65, no que se refere às terras indígenas, destaca-se ainda a seguinte síntese doutrinária:

"De acordo com o artigo 3º-A do antigo Código Florestal, inserido pela MP 2.166-67/2001, "a exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realiada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável, para atender a sua subsistência, respeitados os arts.2º e 3º deste Código".

Contudo, a Lei 12.651/2012, que aprovou o novo Código Florestal brasileiro, não tratou expressamente do tema, deixando de reproduzir a

mencionada redação do Código revogado.

Apesar disso, **entende-se que é possível que os índios promovam a exploração dos recursos naturais florestais de suas terras, mas apenas poderão fazê-lo de maneira sustentável, e não predatória.**

No que concerne aos índios, o novo Código Florestal (artigo 3º , parágrafo único) apenas estendeu o tratamento dispensado às propriedades e posses rurais com até quatro módulos fiscais às terras indígenas demarcadas.

Ademais, o artigo 38, §2º, do novo CFLo, excluiu a agricultura de subsistência dos índios da proibição do uso do fogo na vegetação nativa.

Vale ressaltar que inexistente norma jurídica que isente os índios do processo administrativo de licenciamento ambiental como condição para praticar atividades lesivas ao meio ambiente, devendo os índios respeitar as áreas de preservação permanente e demais restrições ambientais, bem como obter licenças ambientais com a assessoria da FUNAI.

De resto, impende lembrar que as terras indígenas não poderão ser alvo de contrato de concessão florestal, na forma do artigo 11, IV, da Lei 11.284/2006." (grifou-se) (AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.776).

20. **Com isso, diante do quadro da atual Lei nº12.651/2012, que revogou o supramencionado art.2º, §2º, da Lei nº 4.771/65, entende-se que, na hipótese de utilização florestas no âmbito de terras indígenas (ocupadas ou não tradicionalmente pelos índios) para aproveitamento indígena das respectivas terras na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento, o art.46 da Lei nº 6.001/67 deve ser lido juridicamente *sem atribuir às florestas em área indígenas o status ou o regime das APP's* disposto no Código Florestal.**

21. De todo modo, **essa revogação parcial em comento não implica prejuízo às demais expressões normativas contidas na redação do art.46, da Lei nº 6.001/67**, que visa a um controle ambiental específico por intermédio de programas ou projetos adequados quando da necessidade do corte de florestas para a exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento envolvendo áreas indígenas.

22. **Logo, deve-se excluir apenas a expressão que remete à legislação já revogada pelo ordenamento do Novo Código Florestal, sem prejuízo do restante da norma, o que implica uma releitura do art.46, da Lei nº 6.001/67, em especial, a partir da vigência do Novo Código Florestal - Lei nº12.651/2012, no seguinte sentido, a saber:**

"Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, ~~consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra g e § 2º, do artigo 3º, do Código Florestal~~, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento."

23. Diante dessas considerações jurídicas, então, **sugere-se a seguinte redação para o último CONSIDERANDO:**

"**CONSIDERANDO** que as áreas reservadas aos indígenas estão submetidas à restrição do art.46 da Lei nº 6.001/67 (Estatuto do Índio), o corte de madeira nas florestas indígenas está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento."

24. Em relação à **CLAUSULA SEGUNDA**, que **elencas as obrigações da Comunidade Indígena Terena de Rondônia, diante da atual legislação ambiental, em especial o que disposto na Lei Complementar nº 140/2011, também merece reparos o item 2.3, na parte em que atribui competência necessariamente ao IBAMA para *autorização de exploração de produtos florestais*.**

25. Desde a vigência da Lei Complementar nº140/2011, em que as ações estatais restaram bem definidas no âmbito das competências administrativas ambientais e da cooperação de que tratam os incisos III, VI e VII, e parágrafo único do art.23, da CF/88, aplica-se o seguinte:

"Art. 7º São ações administrativas da União:

(...)

XIV - promover o **licenciamento ambiental** de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

c) **localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;**

(...)

XV - **aprovar o manejo e a supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em:**

a) florestas públicas federais, terras devolutas federais ou unidades de conservação instituídas pela União, exceto em APAs; e

b) atividades ou empreendimentos licenciados ou **autorizados**, ambientalmente, **pela União;**"

26. Com isso, apenas no caso de ***licenciamento ambiental (cuja natureza jurídica é diversa da autorização de supressão ou exploração de vegetação ou florestas) em terras indígenas é que atribui competência do órgão ambiental federal*** (neste caso, o IBAMA).

27. Logo, para fins de atender ao regime do Lei Complementar nº 140/2011 deve-se **adequar a redação do item 2.3 da CLÁUSULA SEGUNDA** para retirar a referência ao IBAMA, bastando a referência ao órgão ambiental competente, consoante a seguinte redação:

"2.3 Garantir a manutenção e a preservação das áreas florestadas no interior da terra indígena somente podendo explorar produtos oriundos de florestas nos termos da legislação vigente e com a autorização do órgão ambiental competente."

28. Ainda em relação à **CLAUSULA SEGUNDA**, merece reparos o **item 2.4, diante das mesmas justificativas acima para o item 2.3, isto é, em relação à competência dos órgãos ambientais dispostas na supracitada Lei Complementar nº 140/2011.**

29. Dessa forma, como **não se depreende previsão expressa de exercício da competência pelo**

IBAMA, nem se pode afirmar previamente o *porte* da exploração florestal e o respectivo procedimento ambiental a ser observado (prerrogativa do órgão ambiental competente, nos termos da legislação vigente), isto é, se o procedimento será *simplificado* ou não de acordo com o entendimento técnico da Administração Ambiental, sugere-se **adequar a redação do item 2.4 da CLÁUSULA SEGUNDA** para:

"2.4 Não empreender o corte de madeiras nas florestas indígenas, sem a realização do adequado plano de manejo, a ser formalizado junto ao órgão ambiental competente, nos termos da legislação ambiental vigente."

30. Quanto à **CLAUSULA DÉCIMA SEGUNDA**, da Seção V - DO INADIMPLEMENTO, que assevera que "A violação das obrigações impostas à COMUNIDADE TERENA DE RONDÔNIA, por ocasião do presente instrumento, poderá ensejar a **cassação dos atos administrativos de concessão do usufruto** dos Lotes 42 e 43 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê) e **da titulação da área como Reserva Indígena (...)**", cabem algumas considerações de ordem jurídica e prática, em especial, **considerando o que restou esclarecido no e-mail supracitado da lavra do Procurador-Chefe Nacional Substituto da PFE/FUNAI após contatos com a Administração da FUNAI** (documento juntado recentemente aos autos no Sistema Sapiens).

31. Consoante esse e-mail supracitado, "3) **A cláusula deve ser lida como cassação dos atos administrativos necessários à titulação da área como reserva indígena, ou seja, a reserva ainda não fora criada. Uma vez criada, regime jurídico é outro que não o título precário do usufruto.**(...) Na pior das hipóteses, acaso haja o despejo dos indígenas, a FUNAI e a União terão de acomodar os interesses dessa população vulnerável através de ações específicas, notadamente regularização fundiária em outra área. A meu ver, essa decisão, "esse risco", é parte do mérito administrativo, cabendo-nos apenas apontar para as possíveis consequências jurídicas, as quais já são sabidas pela FUNAI e demais envolvidos."

32. Embora já tenha sido objeto de avença entre as partes, é forçoso reconhecer que a redação proposta da CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA não expressa tão claramente o que se pretende, quando se impõem claros prejuízos à FUNAI e/ou à União em decorrência do descumprimento de obrigações pela comunidade indígena, o que poderá, inclusive, prejudicar a titulação da área como Reserva Indígena. Note-se, neste caso, que o que poderá ocorrer é transferir-se o ônus para a Administração (FUNAI e UNIÃO) de obter outras áreas, o que exigirá inclusive nova consulta à comunidades interessada (vide as normas do Decreto nº 5.051/2004, que promulgou a Convenção OIT 169), como consequência do descumprimento de obrigações pelos próprios índios interessados na regularização das suas terras.

33. Vê-se, nesse caso, que se busca impor uma sanção à comunidade indígena que na verdade equivale à criação de ônus à Administração federal, qual seja, de cassar o usufruto (sabidamente necessário à subsistência dos indígenas) e de ter que arcar novo reassentamento indígena em outra área, ao passo que também possui o dever de protegê-los por intermédio da FUNAI.

34. Logo, **deve-se ter cautela na redação e na interpretação da proposta da CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA, seja porque não há previsão legal para sanção, em seu sentido técnico-jurídico, seja porque seria desproporcional, em face de descumprimento de obrigação de terceiros (indígenas) impor à Administração Federal a obrigação de reiniciar um procedimento de regularização fundiária indígena se não houver critérios técnico-administrativo que motivem devidamente tal medida de "cassar" atos administrativos, quando estes tenham sido praticados licitamente.**

35. Isso porque tal medida drástica somente deve ocorrer, à luz dos Princípios da Legalidade, da Segurança Jurídica, do Interesse Público e da Proporcionalidade, se houver ilegalidade ou forte motivação técnico-administrativa que permita asseverar ser essa a medida mais adequada e proporcional, sem prejuízo, logicamente, da instauração do devido procedimento/processo próprio. Assim, tais cuidados reforçam a

procedimentalização como garantia fundamental democrática, na medida em que decisões administrativas decorrem de uma série de atos ordenados e estruturados entre si, com a participação dos interessados, a ampla investigação dos fatos, a exposição de motivos determinantes para as escolhas e a possibilidade de revisão desses atos e decisões administrativos (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.180).

36. Diante dessas considerações e da necessidade de ajustes de cunho técnico-jurídico, para os fins que se pretendem atingir consoante o que consta dos autos e na recente comunicação por e-mail da PFE/FUNAI, sem maiores prejuízos ao que já avençado pelas partes, **pode-se promover a suspensão de atos administrativos até a retomada do cumprimento de obrigações impostas à comunidade, razão pela qual sugere-se adequar a redação da CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA** para o seguinte:

"12. A violação das obrigações que são impostas à COMUNIDADE INDÍGENA TERENA DE RONDÔNIA, por ocasião do presente instrumento, poderá ensejar a **suspensão do procedimento que visa à titulação da área dos Lotes 42 e 43 do Setor Tenente Marques (Gleba Iquê) como Reserva Indígena, até a cessação do descumprimento das referidas obrigações**, observado o devido processo legal e participação efetiva da representação do povo indígena interessado no processo de aplicação da respectiva medida."

37. Quanto ao que disposto no **Parágrafo único da CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA**, deve-se observar o entendimento consolidado pelo Exmo. Advogado-Geral da União no sentido de **não aplicação de multas em desfavor da Administração Federal em razão de descumprimento de TAC's** (nesse mesmo sentido, no Proc. Adm. nº 00407.004021/2012-73, vide Nota DEPCONSU/PGF nº 112/2013, aprovada no âmbito desta PGF/AGU, cujo Despacho de 10/10/2012 do Exmo. Advogado-Geral da União autorizou a celebração do ajuste em questão "desde que seja retirado o dispositivo constante (...), que prevê a aplicação de multa"). Diante disso, **deve ser retirado o Parágrafo único da CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA**.

38. Por fim, cabe registrar que **não** se verificam óbices jurídicos ao que proposto nas redações das demais cláusulas e obrigações, notadamente, em especial, envolvendo a Comunidade Indígena em referência e a FUNAI.

CONCLUSÃO

39. Por todo o exposto, conclui-se o seguinte:

a) os fundamentos jurídicos e as finalidades públicas envolvidas no caso justificam a celebração do TAC em tela, sendo comprometente o Ministério Público Federal (MPF) e compromissárias a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Exército Brasileiro (Comando da 17ª Brigada de Infantaria de Selva), a União e a Comunidade Indígena Terena de Rondônia;

b) abstraindo-se os aspectos afetos à discricionariedade técnico-administrativa, confirma-se a juridicidade e a possibilidade jurídico-formal de assinatura da proposta de TAC às fls.402/407, desde que atendidas as recomendações de adequação de redação supramencionadas (destacadas em negrito e sublinhado), envolvendo: último "CONSIDERANDO"; itens 2.3 e 2.4 da CLÁUSULA SEGUNDA; e a CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA;

c) Quanto ao Parágrafo único, da CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA, o mesmo deve ser retirado diante do entendimento consolidado no âmbito desta Advocacia-Geral da União de não aplicação de multas em desfavor da Administração Federal em razão de descumprimento de TAC;

d) tendo em vista a necessidade de adequação das cláusulas do TAC nos termos desta manifestação, deve-se retornar os autos à PFE/FUNAI-Sede para que verifique junto aos demais partícipes as

respectivas concordâncias formais em relação à nova redação, após o que deverão os autos retornar a este Departamento de Consultoria para análise final no âmbito desta PGF com posterior submissão ao Exmo. Advogado-Geral da União para fins de autorização.

É o parecer.

Brasília, 22 de dezembro de 2015.

GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA
PROCURADORA FEDERAL

Aprovo a manifestação jurídica em tela.

Encaminhe-se conforme sugerido.

Brasília, 23 de dezembro de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA/PGF

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08620002222200918 e da chave de acesso 79fb55dd

Documento assinado eletronicamente por GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5774213 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA. Data e Hora: 23-12-2015 20:01. Número de Série: 9165795704952456690. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5774213 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 23-12-2015 20:04. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.
