



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001650-79.2012.4.03.6002

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: FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

---

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001650-79.2012.4.03.6002

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: FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

## 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.**

---

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001650-79.2012.4.03.6002  
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

OUTROS PARTICIPANTES:

## VOTO

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 destoava 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 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.

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.**

---

---

## 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 lícito 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.

---

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu 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 do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.