



CLASSE: AÇÃO ORDINÁRIA Nº 0001200-27.2012.4.03.6006

ASSUNTO: RESTITUIÇÃO DE ÁREA - FUNAI - TERRAS INDÍGENAS - DOMÍNIO PÚBLICO - DIREITO ADMINISTRATIVO

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉ: UNIÃO FEDERAL E OUTRO

Sentença Tipo “A”

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face da **UNIÃO** e da **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI** na qual pleiteia a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, cada uma no valor de R\$ 43.029.884,84 (quarenta e três milhões, vinte e nove mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), a fim de serem revertidos em investimentos com vistas à promoção de políticas públicas destinadas aos indígenas da Comunidade Indígena de Yvy Katu. Por fim, pede-se para que seja aplicada multa diária no valor de R\$ 3.694,50 (três mil, seiscentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos), durante todo o tempo que a comunidade indígena permanecer fora de seu território tradicional.

Sustenta a petição inicial que, desde tempos imemoriais, os indígenas dessa comunidade, da etnia Guarani-Ñandeva, sofreram um processo de aldeamento compulsório pelo Estado Brasileiro, sendo obrigados a segregar-se em local distintos daqueles onde tradicionalmente estabeleciam morada, tanto é que o local atualmente denominado como Aldeia Porto Lindo, na verdade, ficaria a alguns quilômetros de distância – em tese, da área demarcada pelo Serviço de Proteção do Índio (SPI) correspondente a Jakarey, os quais fazem parte de um espaço territorial amplo, denominado Yvy Katu.

Aduz que os primeiros contatos com essa etnia indígena foram feitos ainda o ano de 1752, quando estabelecida uma “Comissão de Demarcação de Limites da América Meridional” com a finalidade de delimitar a fronteira entre Brasil e Paraguai. Tempos depois do fim da Guerra do Paraguai, foi delimitada uma área no extremo sul do atual Estado de Mato Grosso do Sul para que os indígenas, residentes ao longo das margens dos rios daquela área, fossem remanejados, o que possibilitaria a expansão e exploração econômica da região – foram, então, criadas duas reservas: Pirajuy (Paranhos) e Jakarey ou Porto Lindo (Japorã), em local escolhido pelo SPI.

Sustenta que, mesmo as áreas delimitadas pelo SPI sofriam reduções, a fim de atender a interesses particulares, e que o processo de confinamento perdurou até



tempos modernos, com a Funai realizando o transporte de índios “desaldeados” para as reservas. Consequência disso foi a geração de grande insatisfação da população indígena confinada, levando-a a tentar a retomada de seus territórios considerados tradicionais.

Ressalta que a intensa e contínua descaracterização de Yvy Katu poderá ser irreversível, culminando na impossibilidade de assegurar o modo de vida Guarani, segundo suas crenças, costumes e tradições, caso não seja determinada a imediata ocupação da área. Ademais, salienta que a procedência desta ação civil pública viabilizará financeiramente a recuperação de áreas degradadas, com as quais as populações indígenas guardam importantes relações.

Defende o Ministério Público Federal a legitimidade passiva da União e da Funai, na medida em que foram as responsáveis pela retirada dos indígenas de seu local de ocupação tradicional. Além disso, salienta que compete àquela a demarcação de terras indígenas e a esta a execução dos procedimentos cabíveis tendentes à identificação e demarcação.

Juntou documentos (fls. 32/217).

As rés foram citadas e, conjuntamente, ofereceram contestação com documentos às fls. 227/336, na qual, no mérito, rechaçaram a pretensão autoral, sustentando a inexistência de omissão ou negligência na condução do processo demarcatório da área *sub judice*, embora o procedimento tendente à regularização fundiária da Terra Indígena Yvy Katu estivesse paralisado em razão da anulação da portaria declaratória do Ministério da Justiça. Ao final, postularam pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial.

O Ministério Público Federal deixou de apresentar réplica à contestação (fl. 338).

Intimados a especificarem as provas a serem produzidas (fl. 339), o Parquet Federal requereu a produção de prova testemunhal (fl. 342), enquanto as rés nada requereram (fl. 343-v e 344v).

Proferido despacho saneador, foi deferida a produção do meio de prova postulado pela parte autora (fl. 345).

Juntado aos autos o rol de testemunhas (fls. 346/347).

Em audiência realizada neste Juízo Federal, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo MPF (fls. 358/365), tendo sido designada nova data para a oitiva das faltantes.



À vista da impossibilidade de realização de videoconferência com o Juízo de Direito da Comarca de Mundo Novo/MS (fl. 366), foi expedida carta precatória para a realização do ato, a qual, devidamente cumprida, foi juntada às fls. 387/418.

O Ministério Público Federal requereu a designação de mais uma audiência para a inquirição de duas testemunhas que ainda não haviam sido ouvidas (fl. 420), o que foi deferido pelo juízo à fl. 421, determinando-se a expedição de novas cartas precatórias às Comarcas de Rio Tinto/PB e de Mundo Novo/MS.

Juntada aos autos a carta precatória expedida à Comarca de Rio Tinto (fls. 435/446), devidamente cumprida, e Mundo Novo (fls. 457/459), sem cumprimento.

Alegações finais do Ministério Público Federal às fls. 461/476 e das rés às fls. 484/508.

Vieram os autos conclusos para sentença (fl. 508v).

É O RELATÓRIO. DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

De início, aprecio a prejudicial de mérito aventada pelas requeridas, atinente à prescrição da pretensão indenizatória.

Sustentam as requeridas que os fatos que embasam a presente demanda remontam à década de 1920, data em que houve a ocupação da área dos indígenas Guarani Ñandeva por terceiros, o que configuraria a lesão ao direito alegado na peça vestibular e, conseqüentemente, início do prazo prescricional quinquenal para reparação do dano.

Contudo, a tese defensiva é equivocada, pois parte da premissa que a pretensão indenizatória decorre da ocupação da terra indígena pertencente ao povo Guarani Ñandeva. Em verdade, a presente demanda funda-se na mora estatal em realizar a demarcação dessas terras.

Vê-se, inclusive, que tal alegação vai de encontro aos argumentos das próprias Rés no sentido de que o prazo para a demarcação de terras indígenas, previsto no artigo 67 do ADCT não seria peremptório.

De fato, não se trata de prazo com tal natureza, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já decidido nesse sentido, quando do julgamento do MS 24.566, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Logo, a análise de mora injustificada deve ser aferida com base no princípio da razoabilidade, o que impede que se estabeleça um marco objetivo, a fim de verificar quando teria ocorrido a efetiva lesão.



Ademais, em casos como o presente, em que há afronta aos direitos de toda uma coletividade, em razão da inércia estatal em cumprir com seus deveres constitucionais, inegável que a violação aos direitos indígenas e sua consequente lesão renovam-se enquanto perdura a mora estatal. É incontestável o estado de insegurança e os conflitos que são gerados em razão de ausências de demarcação de terras indígenas em tempo oportuno. No caso em comento, inclusive, são fatos notórios os conflitos e os problemas que a comunidade indígena de Yvy Katu vinha enfrentando, ante a demora na demarcação de suas terras, já que foram amplamente noticiados pelos meios de comunicação.

Tratando-se de lesão que se aperfeiçoa e se agrava a cada dia, inegável que, enquanto não houver a finalização do processo de demarcação, não há que se falar em início de prazo prescricional.

Dito isso, afasto a prejudicial aventada e passo ao mérito.

A presente demanda, versa sobre a configuração de dano material e moral coletivo aos indígenas Guarani Ñandeva que reivindicam a terra indígena denominada Yvy Katu.

Atualmente, estes indígenas estão na posse da Aldeia Porto Lindo/Jacarey. Essa aldeia estaria compreendida na terra indígena Yvy Katu, sendo a tradicionalidade de sua ocupação incontroversa, tanto é que foi instaurado processo administrativo para sua demarcação (revisão de limites da reserva indígena Porto Lindo/Jakarey), através da Portaria nº 724/PRES, conforme fls. 33v/87. Não consta nos autos, contudo, notícias de sua conclusão, tendo a efetivação da ocupação da área e sua demarcação sido objeto de diversos conflitos e processos judiciais.

É sabido que esta população ocupa ainda áreas particulares que estariam compreendidas na terra indígena Yvy Katu, sendo mantida sua posse com base em decisões judiciais.

A área em que se localiza a terra indígena Yvy Katu é habitada por população guarani desde o período pré-colonial, segundo o laudo pericial antropológico confeccionado pela Doutora em Antropologia Social, Valéria Esteves Nascimento Barros, em perícia realizada nos autos nº 0001123-62.2005.403.6006 (fls. 99 e 102):

Os resultados da análise de fragmentos de cerâmica coletados na região da terra indígena Porto Lindo, e apresentados por Landa (2005), indicam um período de ocupação entre os anos de 1240 e 1540, indicando que esta bacia hidrográfica vem sendo ocupada sistematicamente por grupos portadores de tradição cerâmica atribuída aos Guarani há mais ou menos 700 anos AP (antes do presente). Segundo Landa (ibidem), os dados coletados por ela são semelhantes aos que ocorrem em todos os sítios arqueológicos



pertencentes aos Guaraní distribuídos no amplo território tradicional que abarcava partes do que hoje são o Brasil, Paraguai, Argentina e Bolívia.

[...]

Certamente sim. Os depoimentos das pessoas entrevistadas durante a realização dos trabalhos in loco da perícia apontam que desde o final do século XIX, conforme indicado na resposta ao quesito 2 da comunidade indígena, famílias extensas ocupavam não apenas a região onde atualmente se encontra a área indígena Porto Lindo, mas uma região maior, que compreendia a área atualmente reivindicada como sendo o tekoha Yvy Katu (uma área que abrange os limites colados pelos córregos Jakarey e Guassori até a confluência destes com o rio Iguatemi) e mesmo o seu entorno. Dentro dessa área, as famílias extensas estavam assentadas em lugares próximos às cabeceiras dos córregos aí localizados, bem como ao longo de sua extensão. E justamente os referidos depoimentos evidenciam uma forma específica de ocupação desse território e que é própria da cultura guarani, conforme descrito nas etnografias disponíveis sobre este grupo.

Com a chegada dos colonizadores europeus, as populações guaranis passaram a ser alvo de jesuítas, para fins de catequização, ‘encomenderos’ espanhóis, que os viam como mão de obra escrava, e bandeirantes portugueses (fls. 41/42v). Porém, no final do século XIX houve a ocupação da região de Yvy Katu pelo dito “homem branco”, quando o governo federal ofereceu terras sob o regime de concessão a Thómas Laranjeiras, que utilizou os indígenas como mão de obra para trabalhar nos ervais, explorados pela Companhia Matte Laranjeiras. Posteriormente, com o fim da concessão, tal área foi considerada como terra devoluta pela União e alienada a terceiros.

Desse modo, constam do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação da Terra Indígenas Yvy Katu (fl. 44/44v):

Finda a Guerra do Paraguai e após a redefinição dos limites internacionais com aquele país, o governo federal ofereceu, em regime de concessão, imensas porções de terra para a exploração da erva-mate ao provisionador da comissão de demarcação, o Sr. Thomás Laranjeiras, que funda, em 1892, a Companhia Matte Laranjeiras (v. Correa Filho, 1969). As regiões onde a Cia. operava coincidiam com os lugares onde os índios Kaiowa e Nandeva habitavam. A Cia., não tendo como objetivo a posse da terra, não tentou expulsar os índios; muito pelo contrário, estabeleceu com estes relações de trabalho, haja vista também os conhecimentos à disposição do grupo indígena sobre o manejo dos ervais. Nas primeiras décadas do século XX a Cia. perdeu o monopólio sobre essas terras, que muitos ervateiros passaram a trabalhar por conta própria, muitas vezes estabelecendo parcerias com a própria Matte Laranjeiras, que lhe garantia a distribuição da erva fora do mercado regional.

O fim do monopólio acarretou a perda dos poderes conferidos à Cia. que, por décadas, obstruiu a entrada e impediu a permanência de colonos ou concorrentes nas áreas exploradas (cf. Thomaz de Almeida, 1991). Desse modo, nas primeiras décadas do século XX, paralelamente a essa transformação das atividades extrativistas, e de modo significativo, a região foi palco de uma incipiente imigração de colonos provenientes do sul do país, que passaram a ocupar parcelas de terra implementando progressivamente a pecuária. Foi assim que o cone sul do Mato Grosso do Sul, que por longo tempo foi habitado unicamente pelos índios Guaraní, constituindo seu território, passou a ser sistematicamente desapropriado pelos brancos, seguindo uma lógica neocolonial favorecida pelas políticas de estado através das práticas indigenistas oficiais.

Em complemento, o laudo antropológico registra (fl. 113):

A partir de 1916, a Matte Laranjeira perde o monopólio da exploração da erva-mate na região, mantendo apenas parte das terras arrendadas. Outros ervateiros passaram a atuar



na região, tanto brasileiros, quanto paraguaios. Nessa época, o Governo já libera a venda de lotes de terras a terceiros. Após a Revolução de 1930, o governo Vargas encerrou a concessão à Cia. Matte Laranjeira. Isso foi entre 1943 e 1944. Além disso, transferiu as terras que estavam arrendadas para a Matte Laranjeira para o governo do estado de Mato Grosso. Este, por sua vez, declarou os territórios indígenas não titulados como terras devolutas e repassou/vendeu a terceiros – aí sim iniciando um processo acentuado de esbulho contra as comunidades indígenas.

[...]

Há de se destacar que, conforme apontado nas respostas dadas a outros quesitos aqui colocados, que as terras que foram reservadas às populações indígenas no espaço do atual estado de Mato Grosso do Sul entre 1915 e 1928 não atendiam a critérios dessas populações, mas sim a critérios do Estado brasileiro. Áreas arbitrariamente escolhidas foram destinadas a eles, pois, em última instância, a ação do Estado visava liberar áreas ocupadas pelos índios para a colonização e exploração econômica.

Ouvido em juízo, a testemunha Rosalino Ortiz, indígena nascido e criado na reserva indígena Porto Lindo, contou que, quando era criança, havia muita erva mate na região de Yvy Katu e que, quando os fazendeiros chegaram, todos os índios da região foram levados para a aldeia em Porto Lindo. Segundo relatou, os indígenas trabalhavam nas fazendas na extração da erva mate, porém no período noturno tinham que retornar à aldeia para pernoite.

No mesmo sentido, é o depoimento de Sabino Benites Dias. De acordo com a testemunha, seu avô lhe contou que o *tekoha*¹ de seu povo era constituído de uma área maior do que a por eles ocupada, e tal área era composta metade de erva mate e metade de mato. Com a chegada dos fazendeiros, a área foi dividida, sendo reservada aos indígenas pequena porção de terra, em que havia apenas mato.

A remoção dos indígenas de sua terra originária não se deu exclusivamente por força da ação de colonos e fazendeiros, mas teve grande participação do Estado brasileiro, que atuou por meio do Serviço de Proteção aos Índios – SPI, órgão responsável por conduzir a política de “aldeamento” dos indígenas, com fim último de integrá-los à “civilização”. Os agentes do SPI tinham como atribuição, dentre outras, localizar indígenas e agrupá-los em aldeias. A visão que se tinha, à época, é que o indígena encontrava-se em um estado transitório de “selvageria” e que, ao incorporar gradativamente o estilo de vida do colonizador europeu, abandonaria os hábitos e costumes indígenas.

Assim consta do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação da Terra Indígenas Yvy Katu (fls. 45):

Apesar do esforço do SPI em reservar e garantir terras para essa população, a visão positivista de integrá-los à sociedade nacional definiu procedimentos geradores dos problemas fundiários que vive hoje o MS. O aldeamento de “índios dispersos” ou “sem

¹ Em apertada síntese, expressão que se refere à terra tradicionalmente ocupada pelos guaranis e que está intimamente ligada ao seu modo de ser. O conceito de *tekoha* e suas implicações na presente demanda serão analisadas em momento oportuno.



residência fixa” era compreendido, dentro dessa visão, como procedimento apropriado. As terras reservadas pelo Estado – “as aldeias” – e que depois se tornariam os Postos Indígenas, eram entendidos como o lugar onde pudessem tornar-se produtivos e para onde pudessem “voltar depois da jornada diária, como um ‘trabalhador nacional’” (Idem). Havia, assim, a suposição de que os índios assentados “evoluiriam” até a “assimilação” total à “civilização”. A “aldeia” como concebida pelo SPI não era “um lugar ocupado por índios”, seu habitat ou lugar de assentamento tradicional, mas sim uma área escolhida por funcionários (Relatório de Inspeção 1924) que podia ou não coincidir com a ocupação dos índios. A “aldeia” concebida pela política indigenista oficial constituiu-se, assim, numa unidade administrativa, sob controle de funcionários de governo. Os critérios para sua escolha (cf. idem) eram: qualidade da terra, salubridade da região e vias de comunicação, e, com dito, o lugar era definido por funcionários, sem consulta aos índios.

Por sua vez, o laudo antropológico explica que o “aldeamento” não tem relação necessária com as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (fls. 129v):

Assim, o termo “aldeamento” pode ser relacionado com esses espaços associados aos interesses do Estado e dos representantes das frentes de colonização e expansão econômica no território brasileiro, não necessariamente sendo usado para se referir ou reconhecer determinado local como de ocupação tradicional indígena.

[...]

Além disso, como início da ação do órgão indigenista no país, incluindo, claro, sua ação na região em questão, o termo “aldeia” passou a ser utilizado para designar as terras reservadas para os índios, ou seja, as unidades administrativas sob jurisdição do SPI e, posteriormente, da FUNAI.

Em relatório do SPI, elaborado pela Inspeção de Mato Grosso em 1927, o aldeamento é descrito como meio de integração dos indígenas à cultura ocidental (fls. 174/175):

“Se comparamos a situação desses índios, que já estão em contacto com os civilizados, com a situação em que encontram os que habitam o Norte do Estado, onde existem varas tribus privadas do auxílio dessa Inspeção, cujos recursos permite fazer-lhes uma assistência constante naquela região, certo que nos parecerá preferível e aconselhável converter em benefício dos últimos todas as importâncias que obter se possa nas doações orçamentárias, visto acharem-se eles em estado nômade, arrastando uma existência penosa, cheia de privações, bem mais precária que desses outros.

Entretanto, há uma razão altamente patriótica que coloca essas tribus no mesmo plano de merecerem, com a mesma igualdade, todo o apoio e amparo dessa Inspeção: libertá-las do domínio dos hervateiros paraguayos, fazendo cessar o regim de escravização em que vivem, por meio de uma fiscalização eficiente, **instituinto núcleos em terras que o Estado lhes reserve nos quaes possam ser creadas escolas primarias para o crescido número de menores e distribuídas aos adultos as ferramentas indispensáveis aos trabalhos rudimentares da lavoura, como se faz nos postos já organizados.**

Só assim poderão essas tribus reintegradas nos nossos hábitos e costumes nos quaes se acham tão divereçados. (grifo nosso)

Dentre as aldeias criadas pelo SPI, encontra-se a Aldeia Porto Lindo, que, conforme se verifica do já exposto, não corresponde à terra tradicionalmente ocupada pelos Guarani Ñandeva.



Em seu depoimento, Rosalino Ortiz confirmou que Yvy Katu foi tomada por fazendeiros interessados em explorar erva mate, sendo os habitantes do local enviados para área vizinha, a Aldeia Porto Lindo. Disse que, quando criança, via muitas pessoas serem levadas para a Aldeia Porto Lindo por agentes do SPI, inclusive pessoas de lugares distantes.

Diante do exposto, resta claro que, assim como outros grupos indígenas, os Guaranis Nãndeva foram retirados das terras que tradicionalmente ocupavam por ação do Estado brasileiro, que as considerou devolutas, e, posteriormente, alienou-as a particulares, reservando pequena extensão à população primeva.

É relevante salientar que, à época dos fatos, predominava a visão de que os indígenas eram povos selvagens e que deveriam ser gradativamente incluídos na “civilização” ocidental. Tanto é que a Constituição Federal de 1934 previa, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “m”, que competia à União legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Esse comando foi repetido nas Cartas Magnas de 1946, 1967 e sua respectiva emenda nº 01/69. Essa visão perdurou por longo período, sendo a integração do índio à comunhão nacional, inclusive, prevista em diversos dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001/73.

Entretanto, também é reconhecida desde, tempos remotos, a posse indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas, sendo imposto pelo ordenamento jurídico pátrio o seu respeito. A já citada Constituição de 1934 assim previa:

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

A mesma disposição foi trazida pela Constituição “Polaca” de 1937 e pela Constituição de 1946, com pequenas alterações na redação, respectivamente:

Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

A Constituição de 1967, em seu artigo 186, não apenas assegurou aos indígenas a posse permanente das terras que habitam, como reconheceu “o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 foi além e declarou a nulidade e extinção de efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse, ou a ocupação de terras habitadas pelos então denominados silvícolas. *In verbis*:



Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Porém, nenhuma Constituição foi mais abrangente, no que tange aos direitos dos índios, quanto a de 1988. A atual Lei Maior dedicou um capítulo inteiro aos índios, não apenas declarando direitos sobre a terra, mas também reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como imputando à União a atribuição de demarcar as terras que tradicionalmente ocupam. Conforme abaixo transcrito:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

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

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

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

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

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

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.

Ademais, no artigo 67 do ADCT foi estabelecido o prazo de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição Federal, para a conclusão da demarcação de terras indígenas pela União. De seu turno, o Decreto nº 1.775/1996, no artigo 1º, atribui ao órgão federal de assistência ao índio, no caso a requerida FUNAI, a iniciativa e orientação da



demarcação administrativa de terras indígenas. Entretanto, passados mais de 25 anos do termo do prazo para demarcação, até o momento, não há notícias de conclusão do processo referente à terra indígena Yvy Katu.

Lado outro, os direitos dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas são direitos originários, isto é, decorrem da própria natureza do indígena, de sua condição de habitantes primitivos destas terras e que, por isso, sua posse não é constituída pelo Estado brasileiro, mas apenas declarada.

Cabe citar trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso que versava sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. A decisão é emblemática, tendo em vista que, embora não vinculante, traçou diversas teses aplicáveis a questões demarcatórias em todo o país. Além de reconhecer como originários os direitos das populações indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, fixou um marco temporal para a constatação desta ocupação, qual seja, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ressalvou que, igualmente, estará configurada a ocupação quando houver renitente esbulho, configurado na resistência dos não índios a reocupação da área pelos indígenas. *In verbis*:

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). [...] 12. **DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos"** (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou



"clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. [...]

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049, grifo nosso)

Ainda de acordo com o voto do Ex. Ministro Relator Ayres Britto:

95. Pois bem, exclusivamente nessa hipótese de nãocontigüidade de terras indígenas é que se pode falar de prevalência tanto do princípio federativo quanto da livre iniciativa. Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional.** Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre "quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé", nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

As requeridas trouxeram aos autos relação de processos judiciais que discutem fatos decorrentes da disputa pela posse de imóveis compreendidos em Yvy Katu (fls. 231/234) e que demonstram, por si só, a existência de renitente esbulho. Soma-se a isso o fato notório da ocorrência de disputas fundiárias na região, envolvendo fazendeiros e indígenas Guarani Nandeva, que se arrastam ao longo dos anos.

É incontroverso que, apenas no ano de 2001, a FUNAI constituiu grupo técnico, através da Portaria nº 724/FUNAI/2001, a fim de identificar e delimitar a terra indígena Yvy Katu, ou seja, passados aproximadamente 8 anos do termo final do prazo constitucional para demarcação. Está juntado aos autos o estudo realizado por este grupo técnico (fls. 32v/87), Resumo do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação da Terra Indígenas Yvy Katu (fls. 89/94) e sua respectiva publicação no Diário Oficial da União, de 02 de março de 2004 (fls. 331/336). O Ministério da Justiça, por sua vez, expediu



a Portaria MJ nº 1.289, de 30 de junho de 2005, para demarcar a Terra Indígena Ivy Katu, com superfície aproximada de 9.454 ha e perímetro aproximado de 53 km.

Nada obstante, em agravo regimental no mandado de segurança nº 10.985, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça, foi concedida liminar, em 22.03.2006, para suspender os efeitos da Portaria MJ nº 1.289/2005. O mérito do writ foi julgado em 26.08.2009, concluindo-se pela nulidade no processo administrativo que culminou na edição da Portaria MJ nº 1.289/2005, apenas no tocante a área correspondente à Fazenda Remanso Guaçu. *In verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. PORTARIA 1.289/2005, DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, QUE DECLAROU A POSSE PERMANENTE DA TERRA INDÍGENA YVY-KATU PELO GRUPO GUARANI NHANDÉVA.

TERRITÓRIO DEMARCADO A ENGLOBAR PROPRIEDADE DO IMPETRANTE. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A Primeira Seção do STJ concluiu pela ausência de nulidade no processo administrativo de edição da Portaria 1.289/2005, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou a posse permanente da Terra Indígena Yvy-Katu pelo grupo Guarani Nhandéva. Precedentes: MS 10.269/DF, Primeira Seção, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki e MS 10.994/DF, Primeira Seção, Relatora Ministra Denise Arruda.

2. Entretanto, na hipótese dos autos, embora o impetrante tenha apresentado reiterados requerimentos no sentido de ser cientificado para acompanhar o processo administrativo que serviu de base ao enquadramento das terras como de ocupação indígena, não recebeu resposta do Poder Público, o que constitui violação do direito de informação e resposta assegurado a todos os cidadãos.

3. Mandado de Segurança concedido.

(MS 10.985/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 04/11/2009)

Extrai-se do voto vista do Ministro Mauro Campbell Marques:

Do exposto, concedo a segurança para anular o procedimento administrativo que embasou a Portaria n. 1.289/2005 tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados em julgamento realizado no dia 09 de dezembro de 2009.

Outras ações versaram sobre a validade da Portaria MJ nº 1.289/2005, porém não foram exitosas. O Mandado de Segurança nº 10.269, que tramitou perante o STJ, teve a segurança denegada e os embargos de declarações opostos rejeitados. Desta decisão foi interposto recurso ordinário ao STF, sob nº 26.212, o qual foi improvido.

Por seu turno, há a Ação Declaratória nº 2005.6006.001123-0, que tramitou perante este Juízo Federal e encontra-se no momento aguardando julgamento de apelação pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Houve a concessão de liminar para suspender os efeitos da Portaria MJ nº 1.289/2005, porém esta decisão foi



revogada por sentença publicada em 07.03.2013, tendo sido julgados improcedentes os pedidos formulados pelos autores.

Há ainda a ação possessória nº 0000047-49.2004.403.6002, em trâmite também neste juízo federal, que não versa sobre a validade da portaria MJ nº 1.289/2005 e, portanto, não impede que as requeridas deem prosseguimento na demarcação de terras.

Veja-se que já se passaram anos desde a conclusão do mandado de segurança que anulou em parte portaria de demarcação da Terra Indígena Yvy Katu, não havendo decisões judiciais que impeçam o prosseguimento do correspondente processo administrativo. Todavia, até o momento não há notícias de sua conclusão.

Ainda que os Guarani Nãndeva tenham ocupado as fazendas que estão inseridas no espaço geográfico das terras reclamadas, sendo mantidos nelas por decisões judiciais, seu estado é precário e não poderá ser considerado definitivo até que as requeridas ultimem o processo de demarcação.

Sabe-se que o prazo para demarcação de terras indígenas, previsto no artigo 67 da ADCT, não é peremptório. Não obstante, o início e a conclusão do processo administrativo para esta demarcação deve observar prazo razoável, tendo em vista que a mora estatal ocasiona inúmeros malefícios às populações envolvidas, como limitação na assistência prestada pelo Estado e o envolvimento em conflitos fundiários.

É relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.212, que coincidentemente versa sobre a terra indígena Yvy Katu, que a demarcação de terras indígenas deve ser realizada em tempo razoável. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I - **Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, mas que se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável. Precedentes.** II – O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 - cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV – Recurso a que se nega provimento.

(RMS 26212, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-02 PP-00290, grifo nosso)



Diante disso, há inegável violação, por parte das requeridas, responsáveis pelo procedimento de demarcação de terras, à razoável duração do processo administrativo, direito fundamental constitucionalmente reconhecido, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Cidadã.

E não há como se imputar a mora ao Poder Judiciário. Se as requeridas tivessem conduzido o processo administrativo com zelo, certamente não haveria nulidade a ser impugnada e reconhecida em sede judicial, o que, por conseguinte, levaria a conclusão mais célere do procedimento. Ressalte-se, inclusive, que a culpa pela falha no procedimento pode ser imputada a ambas as rés. Com efeito, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade da Portaria do Ministério da Justiça que concluiu o procedimento de demarcação, em razão de a FUNAI não ter atendido aos requerimentos do proprietário da Fazenda Remanso Guaçu de participar do processo administrativo tendente a demarcar a terra indígena de Ivy Katu. Como se vê, daí exsurge a responsabilidade da Funai.

Por seu turno, a União, por meio de seu Ministério da Justiça pode, ao receber o procedimento administrativo referente à demarcação da terra indígena, prescrever eventuais diligências que julgue necessárias, conforme prevê o artigo 2º, §10º, II, do Decreto 1775/91. Ora, caberia, portanto, ao Ministério da Justiça, órgão da União Federal, ter tomado a cautela de determinar que fosse assegurado o contraditório ao referido proprietário. Todavia, ainda assim publicou a referida portaria, à revelia do contraditório, cuja violação restou reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Inegável, portanto, sua participação na demora que assola o procedimento de demarcação da terra indígena de Ivy katu.

É relevante destacar que ao indígena não basta a simples **posse de terras**, mas sim **a posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas**, uma vez que sua cultura, seu modo de ser, está umbilicalmente conexo a ela. Estes locais, chamados de *tekoha*, não se referem apenas ao espaço geográfico, mas sim a todos os elementos históricos, políticos e religiosos intrínsecos a área, tornando-a o local ideal e necessário para seu desenvolvimento sociocultural, conforme reconhecido, inclusive, pela Constituição Federal em seu artigo 231, §1º.

Esse interesse dos indígenas pelo *tekoha* decorre em razão da presença dos colonizadores, tendo em vista que anteriormente, não havia preocupação com limites territoriais, não havendo demanda por terras.



Nessa toada, consta do processo Relatório para revisão de limites e demarcação de Yvy Katu (fls. 61/61v):

A partir destas considerações nos parece fundamental focar o tekoha levando em conta todos os aspectos da realidade contemporânea que conduziram os índios a dar a esta categoria grande relevância. Portanto, mais do que ver os aspectos político-religiosos como externos às condições históricas de sua articulação, nos parece oportuno ver o *tekoha* como resultado e não como determinante, isto é, como um processo continuado de ajustamento situacional em torna à determinação de uma relação territorial entre índios e brancos. Assim sendo, o tekoha seria uma unidade política, religiosa e territorial, que deve ser definida em virtude das características efetivas – materiais e imateriais – de acessibilidade ao espaço geográfico por parte dos índios em pauta.

[...]

Analisando minimamente os dois aspectos, por um lado pode-se salientar o fato de que o vínculo osmático entre os índios e a terra não é genérico, isto é, não existe uma relação abstrata entre Guarani indiferenciados e um local também indiferenciado; muito pelo contrário, o que se estabelece é uma relação entre famílias extensas específicas que se vinculam historicamente com lugares bem precisos, cuja interrupção da continuidade ocupacional pode provar a exaltação da noção de origem antiga (ymaguare), baseada no sentimento de autoctonia, e a produção (quando as condições permitem) de um efeito circulação (Thomaz de Almeida, 2000). [...]

No mesmo sentido, dispõe o laudo antropológico (fls. 106v):

Assim sendo, o termo nativo tekoha, tal como foi demonstrado acima, agrega em si múltiplos sentidos, constituindo-se numa categoria polissêmica, pois tal como colocado por Pereira (2004), ele aponta ao mesmo tempo para a comunidade (grupo social), o espaço geográfico (território) em que essa comunidade vive e o modo específico de suas práticas culturais (o sistema cultural em todas as suas formas de expressão: econômica, política, social, religiosa, etc.). Dessa forma, o termo nativo é recorrentemente utilizado por antropólogos, arqueólogos, historiadores e outros estudiosos que pesquisavam os Guarani, pois no português não é possível encontrar uma palavra com o mesmo sentido. Ele pode ser sinônimo de território, mas não apenas isso, pois enquanto categoria semântica da língua guarani, contém em si outras implicações, como as indicadas acima (relacionando território e grupo social e sociabilidade).

Cito novamente trecho da decisão proferida na Petição 3388 pelo STF, referente à reserva Raposa Serra do Sol. *In verbis*:

[...]

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). **Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM**



COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

[...]

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Em seu voto, o Ex. Ministro Relator Ayres Brito enfatiza que é esta relação entre o indígena e seu habitat que faz com que seus direitos sobre a terra sejam originários. Conforme abaixo se transcreve:

[...] Sendo assim, não há como refugar o juízo de que os índios foram normatizados numa dada situação socialendógena (intra ou monoétnica, destarte) e num concreto ambiente fundiário, porquanto coletivamente considerados de permeio com as terras por eles tão originária quanto permanentemente possuídas e tradicionalmente ocupadas. **Exatamente porque dessa espécie de perdurável relação orgânica entre cada etnia indígena e o seu ainda rústico habitat é que se pode falar de direitos originários.** Como também se pode falar de uma cultura tão diferenciada quando geradora de todo um perfil coletivo. Tudo a ser documentado em criteriosos laudos antropológicos, pois a sociedade "pluralista" de que trata o preâmbulo da nossa Constituição é do tipo social genérico, e, por isso mesmo, copiosa o bastante para alcançar as próprias diferenças entre os índios de uma etnia e de outra.

É, em virtude desta ligação entre o indígena e seu *tekoha*, que inúmeros grupos resistiram à política de aldeamento e ao objetivo de integração à comunhão nacional. É recorrente nos noticiários a existência de violentos conflitos por terras que seriam de ocupação tradicional indígena, inclusive de conflitos envolvendo os Guaranis Ñandeva e não índios que ocupam as terras de Yvy Katu.

Com isso, tem-se que a demora na demarcação da Terra Indígena Yvy Katu tem gerado diversos prejuízos ao grupo dos Guaranis Ñandeva, de ordem extrapatrimonial, visto que esses indígenas se encontram impedidos de usufruir de modo pleno de seu *tekoha* e, em consequência, de viver de forma plena seu modo de ser. Há, ainda, inegável risco à sua integridade física e à vida dos indígenas, visto que os conflitos, muitas vezes, culminam em atos de violência. Atualmente, como bem noticiou o Ministério Público Federal, há diversas persecuções penais iniciadas para apurar a prática de crimes no contexto de disputa de terras.

Destaca-se que as testemunhas Rosalino Ortiz, Sabino Benites, Alberto Taparí, Carlos Vilhalba e Silvio Benites foram unânimes em afirmar que o número de suicídios tem aumentando significativamente entre os indígenas. Segundo Rosalino, as



pessoas da aldeia tem perdido a esperança e “não tem mais espaço”. Ora, ainda que como fator indireto, é inevitável a associação entre a expulsão dos indígenas Guarani Ñandeva de Yvy Katu e a elevação do número de suicídios por seus pares.

Rosalino contou ainda que a área de Porto Lindo é pequena e que a população indígena é cada vez maior, não havendo espaço para todos. A testemunha Bento Hara afirmou que em Porto Lindo há, aproximadamente, 2.630 pessoas cadastradas; porém a população efetiva chega a quase 5.000 pessoas. Anoto que em setembro de 2001, a FUNAI indicava que em Porto Lindo viviam mais de 2.700 pessoas (fls. 93).

Resta patente, portanto, a ocorrência de danos morais coletivos, em virtude da privação de uso e de gozo, pelos indígenas Guarani Ñandeva, das terras por eles tradicionalmente habitadas. Como visto, os indígenas guardam forte relação com a terra, identificando-se como tais em razão da forma como a exploram. Tal conclusão, inclusive, encontra respaldo em diplomas internacionais. A título de exemplo, faço menção à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de, 2007, que em seu artigo 25, dispõe:

“Art. 25.

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

A demora desarrazoada na conclusão do processo de demarcação acarreta abalo a direitos fundamentais titularizados pela comunidade indígena Guarani Ñandeva de Yvy Katu, já que a própria Constituição Federal de 1988, além de lhes assegurar o direito à terra tradicionalmente por eles ocupada, assegura-lhes o direito aos seus usos, costumes, crenças e tradições, os quais não podem ser plenamente exercidos sem o contato com sua terra.

O dano moral coletivo, na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consubstancia-se em “categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Assim, o dano moral coletivo tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais” (REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 7/6/2018).



Em caso análogo, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região condenou autarquia federal ao pagamento de danos morais coletivos em razão da morosidade excessiva na conclusão da demarcação de terras quilombolas, em afronta ao pleno exercício do direito de posse pelos beneficiários. Conforme ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRAS OCUPADAS POR COMUNIDADES DE REMANESCENTES DE QUILOMBOS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. OCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. FIXAÇÃO I - A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso, em que se busca dar eficácia ao direito de propriedade das terras ocupadas por comunidades de quilombolas. II - As comunidades de remanescentes de quilombos, por força do Texto Constitucional, constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, incisos I, II, e respectivos parágrafos 1º e 5º), sendo-lhes assegurada, ainda, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo-se ao Poder Público a adoção das medidas necessárias à efetividade dessa garantia constitucional. III - **Na hipótese dos autos, a omissão do Poder Público, cristalizada pela inércia do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e da Fundação Cultural Palmares - FCP quanto à prática dos atos administrativos necessários à efetiva conclusão do procedimento administrativo instaurado com a finalidade de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de quilombolas descrita nos autos, afronta o exercício pleno desse direito, bem assim, a garantia fundamental da razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII)**, a autorizar a estipulação de prazo razoável para a conclusão do aludido procedimento. IV - A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, da CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. V - Nesse sentido, a inteligência jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se, no sentido da "possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial" e de que "o dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa" (REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014). VI - **No caso em exame, a inércia injustificada do Poder Público, no que tange à instauração de competente e oportuno procedimento de regularização fundiária da comunidade quilombola, atingindo, como um todo, os seus membros, caracteriza flagrante dano moral coletivo, diante da agressão injustificada aos seus interesses e valores abstratos dali decorrentes, a autorizar a pretendida reparação indenizatória.** VII - Relativamente à fixação do valor da indenização por danos morais coletivos, cumpre verificar que inexistente parâmetro legal definido para o seu arbitramento, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto, bem assim em consonância com a função sancionatória e pedagógica da reparação. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, a fixação do valor da indenização por danos morais



no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em favor da comunidade quilombola descrita nos autos. VIII - Desprovemento dos recursos de apelação do INCRA e da Fundação Cultural Palmares - FCP. Provemento da apelação do Ministério Público Federal. Sentença reformada, em parte. A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações interpostas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e pela Fundação Cultural Palmares - FCP e deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal e à Remessa Oficial.

(AC 0000024-50.2015.4.01.3100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/03/2018 PAGINA:, grifo nosso)

Em outro caso, tanto a União quanto a FUNAI foram condenadas à indenização por danos morais à comunidade indígena Kiriri por condutas omissivas. *In verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TERRA INDÍGENA KIRIRI. OCUPAÇÃO POR NÃO-ÍNDIOS. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. OMISSÃO E LETARGIA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELA FUNAI. OCORRÊNCIA DE CONFLITOS NA COMUNIDADE INDÍGENA E ENTRE OS ÍNDIOS E OS POSSEIROS. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.**

1. Em exame embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais à comunidade indígena Kiriri e de melhor aparelhamento da administração regional da FUNAI em Paulo Afonso/BA. 2. Desde 1941 a União reconhece a existência dos índios Kiriri e a extensão de suas terras sob proteção constitucional. A respectiva demarcação ocorreu em 1981 e, diante de inúmeros conflitos entre os índios e os posseiros que ocupavam as terras e aguardavam indenização foi celebrado, em 1988, "Tratado de Paz com Termo de Ajustamento de Conduta perante a Comunidade Indígena Kiriri no Município de Ribeira do Pombal - BA", por meio o qual a FUNAI assumiu diversos compromissos com os índios. 3. **A FUNAI, no entanto, deixou de promover o assentamento de 676 famílias de ex-ocupantes (cerca de 2.500 pessoas) que se encontravam alojadas em condições subumanas em barracas de lona, prédios públicos e garagens na cidade de Banzaê e em municípios vizinhos, além de interromper o pagamento das indenizações devidas, criando sérios impasses entre os índios, que, insatisfeitos, se dividiram em duas facções e passaram a manter confrontos, dos quais resultaram óbitos, já que discordaram entre si sobre a forma de utilização e ocupação da área indígena e da possibilidade do retorno dos regionais desalojados.** 4. Segundo o laudo pericial, "... a FUNAI somente entrou em cena quando as relações de hostilidade entre os Kiriri e os posseiros evoluíram para atos de agressões diretas, nestes casos com clara desvantagem para os índios. Foi sempre nos momentos de maior tensão que a FUNAI, seja através da administração local, regional ou mesmo central, acabou sendo forçada a uma intervenção direta no conflito. (...) Na perspectiva Kiriri, as ações empreendidas pelo órgão tutor foram sempre marcadas por formalismo excessivo, mas de resultado pífio. Logo, este tipo de vácuo administrativo os teria forçado a um confronto direto com os invasores, produzindo um estresse coletivo que contribuiu sobremaneira para o acirramento da tensão na área, como já tivemos a oportunidade de assinalar em questão anterior. Esta mesma inoperância é percebida como contributiva para o atual estado do conflito interno ao grupo." 5. **A depauperação da condição social da comunidade Kiriri restou sobejamente demonstrada nos autos, como decorrência da letargia da FUNAI em cumprir suas obrigações decorrentes do "acordo de paz" firmado com a comunidade indígena em 1988.** 6. Nexo causal decorrente da conduta omissiva do Estado demonstrado porquanto tinha a FUNAI o dever de vigilância e cuidado a referida comunidade, mormente diante das obrigações que assumiu em decorrência do acordo. 7. **A omissão culposa da União (como responsável pelo fornecimento de recursos, conforme estabelecido na sentença) e da FUNAI - que só agia quando o conflito**



entre os índios e os posseiros já havia ocorrido ou era iminente - denota suas negligências no trato da comunidade durante muitos anos. Correta a condenação de ambas à reparação do dano moral. 8. A determinação contida na sentença no sentido de compelir a FUNAI aparelhar sua administração regional em Paulo Afonso/BA não se constitui em "indevida ingerência do Judiciário no âmbito de atuação da Administração", mas decorre de compromisso assumido expressamente pela própria autarquia quando assinou o TAC. 9. Embargos infringentes do Ministério Público Federal providos. A Seção, por unanimidade, deu provimento aos embargos infringentes.

(EIAC 0001497-15.1999.4.01.3300, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:04/12/2012 PAGINA:7.)

Em que pese não versar sobre demarcação de terras, o paradigma acima colacionado se assemelha ao litígio em análise, tendo em vista que a inércia da União e da FUNAI em exercer suas atribuições a fim de assentar populações indígenas geraram conflitos fundiários que atingiram a vida e a integridade física dos indígenas. Observo que, neste paradigma, a quantificação dos danos morais seria realizada em liquidação de sentença.

No caso em apreço, tivesse a União e a FUNAI realizado de modo célere a demarcação da terra Yvy Katu, certamente confrontos por terras teriam sido evitados.

Ressalte-se que o reconhecimento ao dano moral coletivo, em face da conduta das Rés, não caracteriza violação à tripartição dos poderes ou ao princípio da reserva do possível, como alegado pelas Rés em suas defesas.

Como se sabe, a Constituição Federal assegura a todos o direito à razoável duração do processo. Em sede de demarcação de terras indígenas, o Constituinte de 1988 estabeleceu um parâmetro do que se entende por razoável para que fossem finalizados os processos de demarcação. Assim, determinou que fossem concluídos em até 05 anos, da promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme se observa do artigo 67, do ADCT.

Da análise do artigo 231, da Constituição Federal, observa-se que aos índios são assegurados direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Tal dispositivo encontra-se inserido dentro de uma Constituição que prega dentre seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como estabelece como sendo seus objetivos, em seu artigo 3º, I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, em seu inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Observa-se, portanto, que o artigo 231, ao reconhecer o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios a esses povos, bem como o respeito às suas tradições, costumes e cultura, erige a posse indígena ao patamar de verdadeiro direito fundamental. Cabe ao Estado o dever de zelar por tais direitos.



Como se sabe, os direitos fundamentais gozam de uma perspectiva objetiva. Significa dizer que o Estado tem o dever de proteção desses direitos, independentemente de qualquer provocação nesse sentido. Isso porque os direitos fundamentais, sob a dimensão objetiva, representam verdadeiros princípios básicos da ordem constitucional. Nesse sentido, cito as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco que assim leciona:

“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democráticos, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento de um Estado democrático.

Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis.

Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado.

A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.

Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, providas de particulares ou de outros Estados.

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso, atribuindo-lhe reforço de efetividade.” (Curso de Direito Constitucional – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 168.)

Não se olvide ainda, que além dos direitos indígenas ostentarem condição de direitos fundamentais, são considerados, outrossim, direitos humanos, porquanto gozam de proteção também na esfera internacional. Nesse sentido, há a Convenção nº 169, da OIT, ratificada pelo Decreto Legislativo n 143, de 20/06/2002 e promulgada pelo decreto presidencial nº 5.051, de 19/04/2002, que é o diploma normativo que reconhece uma série de direitos a esses povos. É por essa razão que André Carvalho Ramos, ao versar acerca de tal diploma, estabelece que *“como se trata de um tratado de direitos humanos e não foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo rito especial previsto no art. 5º, §3º, da CF/88,*



possui força supralegal na hierarquia normativa interna, a luz da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal sobre a estrutura normativa dos tratados de direitos humanos.”.

Assim, há verdadeiro dever do Estado em concluir os procedimentos de demarcação de terras em tempo razoável e adequado, a fim de permitir que os povos indígenas possam desenvolver-se socioculturalmente, devendo o Poder Judiciário intervir para fazer valer tais direitos. Como já visto, por se tratar de verdadeiro direito fundamental, o reconhecimento às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, devem ser implantado pelo Poder Judiciário quando verificar que há inércia injustificada do Poder Executivo, sem que isso configure qualquer ofensa ao princípio da tripartição dos poderes. Ao contrário, ao assim agir, o Poder Judiciário age dentro de sua função constitucional que é a de efetivação dos direitos fundamentais.

Ora, a inércia estatal em casos como o presente representa violação aos objetivos da República Federativa do Brasil, além de ir de encontro aos princípios que a regem em suas relações internacionais, já que não se está a observar sequer a Convenção nº 169, da OIT. Veja que mesmo em sede de políticas públicas é possível a intervenção do poder judiciário, para que se garantam direitos fundamentais. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais.** 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 908144 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018, grifo nosso)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. **Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade.** Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.



(ARE 860979 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015, grifo nosso)

Logo, inegável que, em face de descumprimento de dever constitucionalmente imposto, com mais razão, há margem de atuação do Poder Judiciário.

Tampouco há que se falar em violação à reserva do possível. Ora, no caso em apreço, o procedimento de demarcação foi anulado apenas com relação à parte referente à fazenda de Remanso Guaçu, em razão de não ter sido respeitado o contraditório. Bastava que se tivesse dado oportunidade ao proprietário da referida fazenda para que se manifestasse e tivesse a Funai analisado seus argumentos, enviando novamente ao Ministério da Justiça para que emitisse nova portaria, concluindo o procedimento de demarcação, com posterior remessa para homologação pela presidência da república. Não há que se falar em elevados gastos pra concluir o procedimento, portanto.

Ademais, não se presta a reserva do possível como impedimento à satisfação de direitos fundamentais, sobretudo, quando a alegação é genérica e sem a demonstração de efetiva possibilidade de comprometimento das contas públicas. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais



valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel.

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015, grifo nosso)

Dito isto, passo a fixação do dano moral no presente caso, por meio do modelo bifásico consagrado na jurisprudência do Tribunal da Cidadania. Portanto, na primeira fase, será fixado um valor base, levando-se em consideração o interesse jurídico lesado e eventuais precedentes referentes a casos análogos. Na fase seguinte, são consideradas as peculiaridades do caso concreto, como as consequências da conduta,



condição social e econômica dos envolvidos e intensidade do dolo ou grau da culpa (AgInt no AREsp 1063319/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 05/06/2018).

No primeiro paradigma, colacionado, foi fixado o montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de indenização, unicamente em razão da mora na conclusão do processo administrativo de demarcação de terras e o decorrente impedimento do pleno exercício dos direitos a ela inerentes. O suporte fático da decisão é similar ao analisado no presente caso, motivo pelo qual fixo o valor base da condenação em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Na segunda fase, contudo, há distinções que autorizam a majoração da condenação a ser imposta.

Como já relatado, os indígenas Guarani Ñandeva não apenas foram privados de usufruir de seu *tekoha*, como foram envolvidos em várias disputas por terras, sendo que atualmente ocupam parte de Yvy Katu por uso da força, sem a colaboração da União ou da FUNAI para que retomassem as terras que lhes são de direito. Ademais, a privação da vida em harmonia com suas terras tradicionais e a falta de espaço físico para desenvolvimento da população guarani têm trazido inúmeros prejuízos a saúde mental da comunidade indígena, haja vista o relato do crescente número de suicídios no local. A União e a FUNAI, por sua vez, restam indiferentes ao fato de que os Guarani Ñandeva ocupam a área por meio de medidas judiciais precárias e, assim, deixam de tomar providências necessárias a conclusão do processo administrativo de demarcação de terras.

Diante desses fatos, entendo prudente a condenação solidária das rés ao ressarcimento de dano moral coletivo, arbitrado em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), os quais deverão ser revertidos em investimentos diretos, visando a promoção de políticas públicas destinadas aos indígenas pertencentes à comunidade indígena de Yvy Katu, nos termos do pedido formulado pela parte autora.

Sobre o valor da condenação deverão incidir juros de mora, conforme os índices oficiais da caderneta de poupança, nos termos do julgamento do REsp 1.495.146, do STJ. Fixa-se, como termo inicial, a data do trânsito em julgado da decisão do MS nº 10.985, do Superior Tribunal de Justiça, que ocorreu em 03.03.2010, a qual reconheceu a nulidade parcial da Portaria do Ministério da Justiça nº 1.289/2005, uma vez que, a partir desse momento, já haveria a possibilidade de ter sido retomado o procedimento tendente à conclusão da demarcação, sendo considerado para fins de fixação de juros, como a data de início do evento danoso (Súmula 54, do STJ). A correção monetária incide a partir da data



da presente sentença, devendo ser aplicado o índice do IPCA-E, em observância ao REsp. 1.495.146.

Já no que tange ao dano material, a pretensão do Parquet Federal não merece a mesma sorte.

Na lição de Flávio Tartuce, dano material é aquele que atinge o patrimônio corpóreo do indivíduo:

Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta dos arts. 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra. (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único – São Paulo: Método, 2017, pág. 538).

Como se sabe, o dano material é compreendido em danos emergentes – aquilo que efetivamente se perdeu, e lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de ganhar, nos termos do artigo 402 do Código Civil. No caso em tela, não é possível aferir nenhuma dessas duas modalidades de dano material.

Como já dito, a relação dos indígenas com a terra é cultural e, portanto, não possui viés econômico. Não é possível, portanto, calcular o que os indígenas efetivamente perderam com a privação de sua terra, pois não possuem a pretensão, nem o direito de comercializá-la. Tampouco deixaram de lucrar, pois seu *tekoha* não objetiva a exploração econômica, com a produção de mercadorias, produtos e a obtenção de lucro, mas tão somente permitir o desenvolvimento espiritual e político da população envolvida, de acordo com suas crenças, costumes e tradições.

Há que se ter em mente que a posse indígena não se manifesta da mesma forma que a posse civil, não ostentando caráter patrimonial. Ao contrário, reveste-se de verdadeiro direito extrapatrimonial, porquanto é considerado como um direito da personalidade, que identifica a forma de ser de um povo. Edilson Vitorelli, no mesmo sentido, leciona:

“A noção de posse indígena refletida no dispositivo se vincula à ocupação da terra de acordo com os costumes tradicionais, a habitação e o exercício das atividades cotidianas do grupo indígena pertinente. **A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, também fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.**

(...)

Sob essa perspectiva, a posse indígena deve se desvincular do conceito de posse civil, eis que ligado muito mais a questões relativas à personalidade que ao patrimônio do grupo, ou ao seu poder de fato sobre a coisa. Mesmo que a utilização de determinada parcela do território ocorra apenas esporadicamente, se esse uso está vinculado às atividades tradicionais daquela comunidade, ela deve ser considerada terra indígena” (Estatuto do índio – 3ª ed. rev. atual. e ampl – Salvador: JusPodvm, 2015. p. 189-190)



Não há que se falar, assim, em dano ao patrimônio corpóreo da comunidade indígena. O dano perpetrado pelas requeridas, como já dito, atinge o modo de ser indígena, muito mais do que a simples posse de imóveis, consubstanciando-se em verdadeiro dano moral coletivo, já que viola direitos da personalidade de toda uma comunidade.

Por essas razões, não há que se falar em danos materiais, até porque, tal espécie de dano exige comprovação cabal de sua ocorrência, não sendo passível de ser aferida com base em critérios hipotéticos.

Por fim, observa-se que o Ministério Público Federal formula pedido de fixação de multa diária perante todo o tempo em que a comunidade indígena Guarani Ñandeva de Ivy Katu restar afastada de suas terras.

Observa-se que assiste razão ao Ministério Público Federal neste ponto. Com efeito, diante de uma omissão estatal que acarreta em descumprimento de dever constitucional apto a vulnerar direitos fundamentais, tais como o respeito a esses povos, deve o Poder Judiciário agir para pôr fim ao estado de inércia.

Desse modo, observa-se que a pretensão ministerial visa a compelir a Funai e a União Federal a terminarem o procedimento de demarcação da terra indígena de Ivy Katu. Portanto, tendo em vista que o processo é complexo e demanda ainda a análise da manifestação do proprietário de terra de Remanso Guaçu, havendo necessidade de expedição de Portaria Ministerial e homologação por meio de Decreto do Presidente da República, com posterior registro a cargo da Funai, entendo que deva ser fixado prazo razoável para o término de tais etapas.

Assim, levando em consideração as notórias dificuldades que vem encontrando a Funai no seu corpo técnico, fixo o prazo de 01 (um ano) para que as Requeridas terminem o procedimento de demarcação de terras de Ivy Katu, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

DISPOSITIVO

Posto isso, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** e extingo o processo com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC, para condenar as rés UNIÃO FEDERAL e FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, solidariamente, ao pagamento do valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), os quais deverão ser revertidos para fundo federal de reconstituição dos interesses dos



índigenas pertencentes à comunidade de Yvy Katu (artigo 13, da LACP). Condene, ainda, as Réis a retomarem o procedimento de demarcação da terra indígena de Ivy Katu, o qual deverá ter sua conclusão dentro do prazo máximo de 01 ano, sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00.

Sobre o valor da condenação deverão incidir juros de mora conforme o índices oficiais da caderneta de poupança, nos termos do julgamento do REsp 1.495.146, do STJ. Fixa-se como termo inicial, a data do trânsito em julgado da decisão do MS nº 10.985, do Superior Tribunal de Justiça, que ocorreu em 03.03.2010, a qual reconheceu a nulidade parcial da Portaria do Ministério da Justiça nº 1.289/2005, já que, a partir desse momento já haveria a possibilidade de ter sido retomado o procedimento tendente à conclusão da demarcação, sendo considerado para fins de fixação de juros, como a data de início do evento danoso (súmula 54, do STJ). A correção monetária incide a partir da data da presente sentença, devendo ser aplicado o índice do IPCA-E, em observância ao REsp. 1.495.146.

Sem custas e honorários (artigo 18, Lei 7.347/85).

Com o trânsito em julgado, arquivem-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Naviraí/MS, 19 de outubro de 2018.

BRUNO BARBOSA STAMM

Juiz Federal Substituto