



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

EGRÉGIA 3ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA N.º 5000895-22.2018.4.04.7104

APELANTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RELATOR(A): DES. FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

PARECER

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRA INDÍGENA. RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE EXCESSIVA E INJUSTIFICADA MORA ESTATAL. DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO. DANOS À IDENTIDADE E A VALORES CULTURAIS DA COMUNIDADE INDÍGENA. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E RECOMENDAÇÕES DE ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. PARECER PELO DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, PELA REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, PARA QUE A AÇÃO SEJA JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE.

1. Configurada situação de ilegalidade e inconstitucionalidade consistente em excessiva demora injustificada de se dar prosseguimento a procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, sem quaisquer perspectivas para a sua conclusão.

2. O fato de a demora do trâmite do procedimento administrativo eventualmente ter ocasionado danos também a grupos de não-índios ou mesmo à sociedade em geral não afasta a necessária condenação dos entes públicos ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais coletivos à comunidade indígena, diretamente afetada pela situação danosa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

1- RELATÓRIO

Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da FUNAI e da União para que seja dado andamento ao processo de identificação e delimitação de território em favor dos índios Kaingang acampados no distrito de Campo do Meio, Município de Gentil/RS, devido à demora na conclusão de procedimento administrativo.

Julgados parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos (evento 65 dos autos originários):

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos do Ministério Público Federal formulados nesta Ação Civil Pública, tudo para **declarar (i) a ilegalidade da conduta omissiva da autoridade administrativa competente para dar andamento ao processo administrativo FUNAI nº 08620.109736/2015-41 objeto desta ACP, destinado à identificação de possível terra indígena e à sua eventual demarcação, bem como para reconhecer também (ii) a demora excessiva da Administração Pública em instaurar e dar seguimento ao procedimento, considerado o desarrazoado tempo total de seu andamento até este momento;**

Para corrigir a situação de ilegalidade reconhecida no caso concreto, de demora indevida e final paralisação injustificada do andamento do procedimento administrativo objeto deste feito, **determino** à FUNAI:

(a) que **promova** o andamento legalmente devido do expediente administrativo que trata do estágio preliminar de qualificação da reivindicação fundiária de terra indígena registrado e atuado no processo FUNAI nº 08620.109736/2015-41, mediante a adoção de todas as medidas discriminadas na fundamentação *supra* – inclusive constituindo desde logo grupo técnico de trabalho necessário para tanto -, **concluindo** os trabalhos relativos a esta fase de qualificação, também na forma e nos termos constantes da fundamentação;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

(b) para cumprimento do disposto no item “a”, **fixo o prazo certo de 180 (Cento e oitenta) dias a contar da data de 1º de fevereiro de 2021**, ainda que intimada a parte para tanto anteriormente, prazo este prorrogável pelo período de 30 (Trinta) dias - a partir de requerimento fundamentado em eventos que sejam específicos e concretamente demonstrados, bem como motivado nos termos da lei (Lei n. 9.784/99, art. 49);

(c) para o caso de descumprimento do disposto nos itens anteriores (“a” e “b”), **estabeleço desde já pena de multa diária**, que vai **arbitrada no valor de R\$ 3.000,00 (Três mil reais) por dia de descumprimento**, multa esta limitada, em princípio, ao máximo de R\$200.000,00 (Duzentos mil reais), sem prejuízo da final responsabilização do agente público em caso de descumprimento destas determinações;

(d) **determino**, ainda à FUNAI, que dentro do mesmo prazo estabelecido no item “b” – uma vez concluído o estágio de qualificação da reivindicação, nos termos já explicitados, com manifestação pela autoridade técnica competente pela continuidade de estudos, agora em fase de identificação e demarcação -, [i] sejam formados os autos do respectivo “processo administrativo de identificação e delimitação de terra indígena” e [ii] seja constituído Grupo Técnico (GT) multidisciplinar com a finalidade específica de conduzir os trabalhos da primeira etapa daquele procedimento previsto no Decreto 1.775/98 – devendo a partir daí [iii] ser comprovado ao juízo o início efetivo dos trabalhos desta fase no prazo adicional de 60 (sessenta) dias – tudo sob pena da aplicação da mesma multa diária já estabelecida no item “c”, para o caso de descumprimento de “i”, “ii” ou “iii” deste item “d”.

Desacolho, por fim, os pedidos do MPF de [i] fixação judicial de prazo certo de 2 (dois) anos para encerramento completo do procedimento administrativo objeto do feito e de [ii] condenação das rés ao pagamento de danos morais coletivos, nos termos em que formulados nestes autos, tudo conforme já fundamentado.

Sem custas e honorários, nos termos da fundamentação.

Intimem-se na forma da lei.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

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

A FUNAI interpôs apelação, com pedido de efeito suspensivo (evento 74 dos autos originários), alegando, preliminarmente, a inexigibilidade da obrigação fixada na sentença até o final da pandemia da covid-19 ou, subsidiariamente, que o prazo fixado na sentença deva ser estendido em, no mínimo, vinte e quatro meses, a contar do trânsito em julgado; sustenta, ainda, fato novo, consistente na suspensão nacional, determinada pelo Supremo Tribunal Federal, de todos os processos e recursos judiciais que tratassem de demarcação de áreas indígenas até o final da pandemia ou até o julgamento final do RE 1.017.365, com repercussão geral reconhecida (Tema 1031). No mérito, a FUNAI alegou ausência de mora injustificada por não haver prazo peremptório para demarcação indígena e em razão da adequada adoção de medidas tendentes a concluir o processo demarcatório; necessidade de observância às regras da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro; ofensa ao princípio da separação dos poderes, discricionariedade administrativa; reserva do possível e necessidade de prévia dotação orçamentária; presunção de legitimidade dos atos administrativos; descabimento do arbitramento de multa cominatória ou, subsidiariamente, redução do valor da multa.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões no evento 78 dos autos originários. Após a remessa dos autos ao TRF4, foi aberta vista a esta Procuradoria para exarar parecer na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

2- FUNDAMENTAÇÃO

2.1 APELAÇÃO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

2.1.1 AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

No caso dos autos, deve a apelação interposta pela FUNAI ser recebida apenas no efeito devolutivo. Destaca-se que foi determinado na sentença o dia 1º de fevereiro de 2021 como termo inicial do prazo para cumprimento da obrigação.

Nas ações civis públicas o recebimento da apelação se dá apenas no efeito devolutivo; a atribuição de efeito suspensivo somente em casos excepcionais, para evitar dano irreparável à parte, conforme art. 14 da Lei nº 7.347/85, que tem o seguinte teor:

Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

De igual forma, não estão preenchidos os pressupostos do parágrafo único do artigo 995 e do § 4º do artigo 1.012 do CPC para atribuição de efeito suspensivo à apelação: probabilidade de provimento do recurso e se houver risco de dano grave ou de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação.

De acordo com o processualista Nelson Nery Júnior, a finalidade de tais normas consiste em procurar evitar perecimento de direito:¹

O escopo da norma é evitar que o direito pereça, de sorte que o juiz deve agir para que esse objetivo seja alcançado, conferindo ou não efeito suspensivo ao recurso, de acordo com a situação fática e peculiaridades do caso concreto.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o recebimento do recurso sem efeito suspensivo tem por objetivo permitir a tutela do direito de forma mais tempestiva, contornando a demora que seria necessária para o julgamento da apelação, concretizando o direito fundamental ao processo com duração razoável (arts. 5º, LXXVIII, CF e art. 4º, CPC).²

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 942.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Como visto, os recursos no sistema das ações civis públicas têm sempre o efeito meramente devolutivo como regra geral.

Nas ações civis públicas, pela relevância dos interesses por elas protegidos, não atribuir efeito suspensivo à apelação tem por objetivo a efetividade da jurisdição.

A reiterada omissão e descaso dos entes públicos com a comunidade indígena em razão da excessiva e injustificada demora para dar efetivo andamento a processo de identificação e delimitação de terra indígena impõe o cumprimento provisório da sentença.

Os males do retardamento, presentes no caso sob análise, são apontados pelo processualista Cândido Dinamarco como fundamento das medidas de urgência, por consistirem em fator de corrosão dos direitos: a tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostas ao titular de direitos se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de um direito a tanta espera.³

As medidas determinadas em sentença são, portanto, necessárias e urgentes. A situação relatada impõe o cumprimento da sentença de forma imediata sob pena de se perpetuarem danos irreparáveis à comunidade indígena.

Por outro lado, a FUNAI não conseguiu demonstrar (e comprovar) situação excepcional que represente dano irreparável e fundamento relevante aptos a ensejar a atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Pelo contrário, obstar o cumprimento provisório da sentença implica graves danos aos indígenas, que estão acampados em situação precária, aguardando desde 2009/2010 que se dê andamento ao seu pedido administrativo de demarcação de território tradicional.

O entendimento jurisprudencial também é no sentido de que a regra em ações civis públicas é o recebimento da apelação no efeito apenas devolutivo e que

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 56-57. Em outra passagem, p.66: "Todo o sistema de medidas urgentes apóia-se na conveniência de distribuir riscos. Por isso, em casos extremos e particularmente graves os juízes antecipam a tutela jurisdicional apesar da situação de irreversibilidade que possam criar, porque a negativa poderia permitir a consumação de *situações* irremediáveis a dano do autor. Essa flexibilização se legitima tanto mais, quanto mais elevados forem os valores a preservar e portanto mais graves forem os riscos a que estiver exposto o demandante".



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

competete à parte demonstrar o efetivo risco de dano irreparável em caso de cumprimento provisório da sentença:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DA PERMISSÃO DE PESCA. EFEITO SUSPENSIVO EM APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. - Diferentemente do regramento constante do artigo 520 do CPC, em se tratando de ação civil pública, a regra é o recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo, viabilizando-se a execução provisória do julgado (art. 14 da Lei nº 7.347/85). Assim, compete à parte demonstrar o efetivo risco de dano irreparável - o qual não se presume - para fazer incidir o efeito suspensivo a que o dispositivo legal faz referência, bem assim a relevância do fundamento invocado, o que, na hipótese dos autos, não restou demonstrado. (TRF4, AG 5048345-35.2015.404.0000, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 29/02/2016)

Da mesma forma, em casos análogos ao presente, nas ações civis públicas que tenham por objeto a demora em processos administrativos sobre direitos territoriais de comunidades tradicionais:

AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. 1. Em se tratando de ação civil pública, os recursos interpostos não são dotados de efeito suspensivo, como se depreende do art. 14 da Lei nº 7.347/85. Possível, portanto, a análise da possibilidade da concessão de efeito suspensivo à apelação interposta, nos termos do art. 1.012, §4º, do CPC. 2. Para a concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação é imperioso demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, o que não restou evidenciado nos autos. 3. A demarcação da terra indígena Cambirela é reivindicada administrativamente desde 1999,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

contudo o feito se arrasta há quase duas décadas sem solução, causando percalços para a comunidade indígena, como a dificuldade de locomoção da população local e, principalmente o acesso à escola pelas crianças. 4. Tal demora excessiva justifica a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso da FUNAI, possibilitando a execução provisória de sentença que condena a FUNAI e a União na adoção de providências administrativas necessárias para impedir obras e invasões da terra, além de determinar o processamento do processo demarcatório. (TRF4 5006367-73.2018.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora para Acórdão VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 09/07/2018)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. AGRAVO INTERNO. COMUNIDADES QUILOMBOLAS. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. I. O recebimento do recurso exclusivamente no efeito devolutivo não implica risco de dano grave ou de difícil reparação à recorrente, o que não se pode dizer do caso inverso, pois a demora na conclusão dos processos administrativos das comunidades quilombolas, que já conta com mais de 10 (dez) anos, vem causando inegáveis prejuízos aos seus ocupantes, tendo sido relatado por testemunhas, inclusive, a existência de um processo de expulsão dos moradores, por conta de pressão de fazendeiros. II. Diante do quadro de omissão estatal, não se mostra razoável que se aguardem outros 10 (dez) anos para que seja resolvida a questão, até porque o juízo a quo foi claro ao registrar que o prazo de 03 (três) anos para que a autarquia adote todas as providências administrativas para a conclusão dos processos administrativos das comunidades quilombolas poderá ser modulado, de modo a ser ampliado ou restringido, conforme o contexto fático vier a recomendar, dada a regra do art. 296, CPC, devendo o INCRA demonstrar a necessidade concreta da medida, nos termos do art. 373, I, CPC. III. Registre-se, ademais, que o INCRA foi condenado a promover, no prazo de 3 (três) anos, contados da data da intimação da sentença, todas as providências para a conclusão dos processos administrativos das comunidades quilombolas em questão, de modo que, se há outras fases



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

constantes de tais procedimentos que desbordam de sua competência, é evidente que eventual demora não se lhe pode ser atribuída. IV. Agravo interno improvido. (TRF4 5044417-03.2020.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 23/02/2021)

No caso dos autos, o retardamento do cumprimento das medidas determinadas em sentença pode frustrar ainda mais a própria tutela jurisdicional, devendo ser aplicada a regra de que as apelações nas ações civis públicas somente possuem efeito devolutivo.

2.1.2 PRELIMINARES AO MÉRITO

Nos autos do RE 1.017.365, o Ministro Edson Fachin determinou a suspensão dos processos com risco de reintegração de posse de áreas indígenas com fundamento no princípio da precaução, no sentido de proteção dos indígenas, população vulnerável em diversas dimensões, inclusive quanto a saúde, sobretudo no contexto da pandemia de COVID-19.

É o que se depreende dos fundamentos da decisão liminar de 7 de maio de 2020 no RE 1.017.365:

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação dos indígenas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus.

Incide, no caso, o princípio da precaução, com assento no artigo 225 da Constituição da República, a exigir do Poder Público um atuar na direção da mitigação dos riscos socioambientais, em defesa da manutenção da vida e da saúde.

[...]



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

A Peticionária refere-se à situação dos indígenas em face à pandemia relativa ao coronavírus (COVID-19), a impedir as decisões que imponham reintegrações de posse nesse período.

E, com efeito, afigura-se razoável, com base no princípio da precaução, adotar a medida disposta no artigo 1.035, §5º, do Código de Processo Civil, com modulações.

Assim, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, determino, nos termos do pedido, a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso.

Observa-se que a decisão do Ministro Fachin no RE 1.017.365/SC está pautada na proteção dos direitos indígenas e por essa razão a suspensão do presente feito, que objetiva os direitos dos povos indígenas de que seja dado andamento ao procedimento de identificação e demarcação indígena, virá de encontro aos interesses indígenas.

Assim, o determinado pelo Ministro Edson Fachin no RE 1.017.365 não conduz à suspensão deste processo.

Sobre a alegação da FUNAI de que deva ser reconhecida a inexigibilidade da obrigação fixada na sentença até o final da pandemia da covid-19 reproduz-se, em parte, as contrarrazões do MPF, que destacou o seguinte (evento 78 dos autos originários):

Veja-se que a Constituição da República reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput), e a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), prevê que os governos deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

povos interessados, possui a sua relação com as terras ou com os territórios ou com ambos (artigo 13.1).

Destaca-se, nesse sentido, a situação de confinamento a que se encontra submetida a comunidade Kaingang em Campo do Meio, cujos integrantes estão acampados em dois terrenos naquele distrito, localizado no interior do município de Gentil/RS, aguardando desde 2009/2010 que se dê andamento ao seu pedido administrativo de demarcação de território tradicional.

Ao contrário do que argumentou a fundação apelante em suas razões (evento 74), o atual momento pandêmico impõe ao Poder Público em geral, e à FUNAI em especial, a adoção de medidas para salvaguardar os direitos das populações indígenas, notadamente a preservação dos territórios tradicionais.

O momento exige atitude do Estado, não sendo possível alegar paralisação das atividades do setor público, especialmente tendo em vista que os serviços públicos obedecem ao princípio da continuidade, segundo o qual, "(...) o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar".

[...]

No que concerne à alegação de que "os atos de demarcação não são apenas formais, mas dependem de estudos, medições in loco, e até mesmo o contato com a população implicada" (evento 74), reputa-se de rigor destacar que a primeira medida imposta pelo juízo a quo, na sentença guerreada (evento 65), consiste na promoção do andamento do expediente administrativo que trata do estágio preliminar de qualificação da reivindicação fundiária de terra indígena registrado e autuado no processo FUNAI nº 08620.109736/2015-41.

[...]

Ora, considerando que o juízo a quo determinou, na sentença guerreada (evento 65), que seja dado andamento ao estágio em que a FUNAI recebe documentos e informações, analisa e sistematiza tais informações – situação em que se encontra a reivindicação da comunidade indígena Kaingang de Campo do Meio –, não se



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

vislumbra necessidade de “medições e contato com a população indígena”, tratando-se, em verdade, de alegações genéricas, com o único objetivo de justificar artificialmente o descumprimento de seu papel institucional.

Pelas razões expostas também não deve ser acolhido o pedido de prorrogação de prazo por 24 meses sob a alegação de dificuldades decorrentes da pandemia. Destaca-se que os prazos estabelecidos na sentença para o cumprimento da obrigação são razoáveis.

2.1.3 MÉRITO

2.1.3.1 CONFIGURAÇÃO DA MORA

A situação de omissão ilegal e inconstitucional está configurada no caso dos autos, como bem fundamentado na sentença, ao ter sido constatado que desde 2009/2010, a FUNAI tem conhecimento da demanda indígena na região de Campo do Meio, no Município de Gentil/RS; porém, somente em 2015 registrou o processo de reivindicação fundiária para o grupo indígena, encontrando-se, desde então, na fase de qualificação da reivindicação, sem que tenha sido dado andamento ao pedido administrativo de demarcação de território tradicional (evento 65 dos autos originários):

Está bem demonstrado nos autos, como refere a petição inicial, que [i] a reivindicação da terra indígena de Campo do Meio, externada inicialmente pela ocupação de determinada área e pelo estabelecimento de acampamento pelos indígenas formadores do grupo interessado no resultado desta demanda, **data de dezembro de 2009** (conforme consta do IC nº 1.29.004.000824/2009-12, fls. 06/15 e 22 dos autos).

Também está devidamente demonstrado nos autos, como refere a FUNAI em sua contestação (e conforme consta especificado da Nota



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Técnica nº12/2018 da COIM/CGID/DPT-FUNAI, acostada no E 10 – OUT2), que a formalização administrativa do “primeiro registro da reivindicação fundiária indígena Kaingang, no distrito de Campo do Meio, localizado no Município de Gentil, Estado do Rio Grande do Sul, data de 15/01/2010” – sendo que, entretanto, **somente em 2015 aquela “reivindicação fundiária do povo Kaingang” foi registrada “no banco de dados” daquela Fundação, (“tendo sido atuada sob o Processo nº 08620.109736/2015-41” e encontrando-se, desde então, “em qualificação”)**.

É desta realidade, bem como de outras circunstâncias analisadas a seguir, que o MPF extrai a sua tese de ilegalidade a ser controlada judicialmente no caso presente, sustentando haver injustificável demora na conclusão dos procedimentos, medidas, decisões e atos administrativos inerentes a esta fase preliminar ao processo de demarcação e identificação.

Segundo argumenta, qualquer que seja o marco inicial para a contagem de prazos para a conclusão desta fase preliminar, não só teriam eles sido extrapolados em muito, no caso concreto, como não poderiam ser considerados sequer razoáveis, mesmo à vista do complexo cenário verificado nesta situação sob exame.

Para assim concluir, o MPF defende que bastaria fosse considerado o disposto no artigo 67 do ADCT (que previa a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos passados da CF de 1988): a mora seria, na época da inicial, de trinta anos; mas se fosse considerado o momento de reivindicação de terras dos indígenas para o caso concreto (2009/2010), o atraso ainda assim seria, na mesma época, de oito ou nove anos [ao tempo da inicial]; já, se fosse considerada a formalização da abertura do processo na FUNAI (2015), a demora seria, à época do ajuizamento deste feito, de três anos – contando-se mais alguns anos agora, na esfera administrativa, independente do andamento desta ação judicial.

Além disso, o fato é que o procedimento antecedente ao processo administrativo de identificação e demarcação permanece paralisado até hoje, e, ainda segundo o MPF, continuará parado indefinidamente a não se providenciar o seu andamento forçado judicialmente, já que sequer existiriam previsões quaisquer de que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

os estudos realizados (até aquele momento da manifestação ministerial) fossem *sequer inseridos no Plano Plurianual de 2016-2019 da FUNAI*.

Eis as razões, por conseguinte, para que a parte autora afirme a omissão e a mora da Administração Pública neste caso concreto, alegando, por conta de tudo isso, a ocorrência de violação dos princípios administrativos da legalidade, da eficiência, da finalidade e até da probidade e da moralidade, nesta situação, bem como a ofensa ao direito fundamental dos administrados a uma razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF/88).

Pois bem.

Da minuciosa narrativa dos fatos que deram origem ao presente estado de coisas agora examinado, contida na petição inicial do MPF, bem como dos documentos que foram com ela trazidos aos autos no E1 (constantes do Inquérito Civil nº 1.29.004.000824/2009-12 e do Procedimento Administrativo nº 1.29.004.001318/2015-99), extrai-se claramente a comprovação da situação, também afirmada naquela peça inaugural, de que **“desde 2009/2010, a FUNAI tem conhecimento da demanda indígena na região, porém, somente em 2015, registrou o processo de reivindicação fundiária para o grupo indígena em tela, inexistindo qualquer previsão de andamento do processo nos próximos anos, já que não foi incluído no Plano Plurianual de 2016-2019.”** (p.21 da petição inicial).

De fato, percebe-se que a própria FUNAI/Passo Fundo informou ao MPF, em resposta a ofícios encaminhados pelo órgão ministerial já naquela altura, que a solicitação do grupo indígena *fora encaminhada à Coordenação Geral de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas – CGID da FUNAI em Brasília/DF, ainda em 4 de fevereiro de 2010* (fls. 26, 29, 41 e 44 do Inquérito Civil anexado no E1).

Veja-se que a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI posteriormente informou ao MPF, por sua vez, que *o pleito do grupo Kaingang acampado em Campo do Meio fora registrado no dia 12/03/2010, através do Sistema de Terras Indígenas*.

A partir daí, o exame dos documentos mencionados denota um sem número de tentativas do MPF, bem como de integrantes da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

comunidade indígena, de obtenção de informações sobre o andamento do caso junto à FUNAI, em Brasília, bem como de diligências tendentes a promovê-lo.

E no interregno que vai de fevereiro de 2010 até 2017, muito embora a FUNAI, por repetidas vezes, informe que o procedimento de identificação e delimitação de terra indígena em Campo do Meio se encontrava *em fase de qualificação* (como em agosto de 2013), ora dizendo que avaliava a possibilidade de constituir Grupo Técnico para realizar estudos na área reivindicada nos exercícios seguintes (como em agosto de 2013), ora afirmando que a constituição do tal GT já estava prevista para o exercício (como em 2014), ou ainda, que a qualificação da reivindicação territorial indígena encontrava-se em fase de finalização e com época até prevista para tanto (como em 25/05/2016, em que se dava previsão de conclusão ainda para aquele primeiro semestre de 2016 – cf. PA nº 1.29.004.001318/2015-99, f.35), a realidade é que a dita fase de qualificação nunca foi concluída.

Pior ainda, a realidade é que o que há de mais concreto nos autos, no curso de todo este tempo, em termos de atitudes da autoridade administrativa tendentes a dar andamento efetivo ao caso, é o registro no banco de dados da FUNAI e atuação da reivindicação fundiária daquela comunidade indígena – mesmo assim, levado a termo somente no ano de 2015 (processo FUNAI nº 08620.109736/2015-41).

Ou seja, apesar de todas as previsões anteriores, a FUNAI levou cerca de cinco anos apenas para efetuar o registro em banco de dados e autuar a reivindicação fundiária, revelando-se também totalmente desconforme ao que viria ocorrer a seguir a informação que prestou e a previsão que fez no sexto ano após o primeiro registro da demanda indígena (mais precisamente em 25/05/2016), no sentido de que a qualificação da reivindicação territorial indígena na comunidade de Re Kuju (Campo do Meio) encontrava-se em fase de finalização, prevista para o primeiro semestre de 2016 (f. 35 do PA nº 1.29.004.001318/2015-99, E1).

É preciso ver ainda, que até hoje, mesmo passados mais de quatro anos daquela última previsão, não há qualquer notícia nos autos de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

que a situação tenha tido qualquer evolução, nem mesmo para que fosse formalizada decisão ou ato qualquer que pelo menos desse fecho motivado a este expediente administrativo, viabilizando aos interessados no caso, no mínimo, uma informação e uma orientação administrativa devida. Não, a reivindicação continua em aberto, em fase de qualificação, como quase sempre esteve durante toda a última década.

De resto, não só não houve qualquer evolução do quadro, como em 29/08/2017, a Diretoria de Proteção Territorial (DPT-FUNAI) informou da realização do mencionado registro de 2015 apenas para afirmar que havendo demasiados registros de reivindicação fundiária pendentes em todo o país, além de diversos procedimentos de identificação e delimitação em curso e de alguns outros procedimentos em fase de contraditório, tudo sob sua responsabilidade, de um lado, e, de outro, não possuindo recursos humanos e financeiros para dar conta a contento deste serviço, restava inviabilizada a inserção dos estudos da área reivindicada em Campo do Meio no Plano Plurianual de 2016-2019 (fs. 55/57 do PA nº 1.29.004.001318/2015-99, E1).

Ora, frente a tal quadro, não é possível deixar de considerar que a Administração Pública esteja em descompasso com o seu dever de garantir uma razoável duração do expediente administrativo em questão, que, afinal de contas, é previsto pela FUNAI com objetivo específico e bem delimitado de examinar as ditas reivindicações em cumprimento de sua obrigação legal e constitucional de, em sendo o caso, promover a devida identificação e demarcação de terras indígenas – ou, eventualmente, até de encaminhar outras medidas cabíveis para dar solução às ditas reivindicações (e, mais importante, aos litígios e conflitos sociais que normalmente se verificam nestas situações), por meio dos estudos devidos, como bem destaca o MPF em sua manifestação do E50.

Bem revela esta realidade já a primeira constatação feita acima: não é possível ter como razoável que a FUNAI tenha promovido somente depois de cinco anos, contados dos primeiros reclamos que lhe chegaram sobre a questão de Campo do Meio, a autuação de expediente que formalizou a reivindicação fundiária da terra indígena em questão; tampouco parece razoável que passados mais quatro



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

ou cinco anos desta formalização, a administração não tenha resposta mais concreta a dar neste caso.

Além disso, não existe qualquer previsão de andamento do processo nos próximos anos, como a própria FUNAI de certa forma reconhece, o que foi considerado pelo Julgador de origem, como demonstra o seguinte trecho da sentença (evento 65 dos autos originários):

Aliás, é de se ver que a própria FUNAI de certa forma admite esta realidade também em sua nota técnica, ao referir o seguinte: "**Para além dos quesitos solicitados é importante frisar que o Plano Plurianual 2016-2019 colocou como meta para a ação pública, em seu Objetivo 1014, a delimitação de 25 terras indígenas, o que perfaz uma média anual entre 6 e 7 delimitações de terras concluídos no âmbito da DPT. Esta Diretoria tem cumprido a meta estabelecida, compreendendo que este é o horizonte de atuação que lhe é proporcional pelo Governo Federal. No entanto, tem, igualmente, ciência de que tal horizonte de atuação avança em passos demasiadamente lentos frente à necessidade urgente dos povos indígenas terem a efetivação dos seus direitos territoriais reconhecidos pela Constituição.**"[destaquei].

Vale dizer: o que a FUNAI declara nos autos, só por isso, é que o expediente administrativo que pende de andamento desde 2010 não só não sairá da fase de qualificação, como não terá curso nem solução neste ano ou nos seguintes, assumindo expressamente que, por conta só deste modo de gerir os seus expedientes e processos administrativos, ou do modo como a Administração Pública Federal reiteradamente trata o cumprimento destes seus deveres e os direitos dos administrados, simplesmente não tem e não terão sequer previsão de data de encerramento ou avaliação final aqueles procedimentos – isso mesmo para um caso que já conta dez anos de existência.

Essa situação, portanto, caracteriza omissão indevida da Administração Pública e conduta injustificadamente morosa, que viola os princípios da legalidade,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

da eficiência e da razoável duração do processo (artigos 37, caput, 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Destaca-se que o argumento de que seria demorado e complexo o procedimento administrativo não autoriza extrapolar de forma excessiva o andamento do processo.

Nesse sentido, este e. TRF4 já entendeu em caso semelhante que "em que pese o acúmulo de processos administrativos, complexidade do pedido ou carência de pessoal impossibilitar, muitas vezes, o atendimento do prazo determinado legalmente, como no caso em tela, certo que persiste o direito à análise de sua situação fática num prazo razoável" (TRF4, APELREEX 5008305-10.2013.404.7104, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 23/10/2014).

Assim, o excesso de tempo, além do razoável, para o andamento e conclusão de processo administrativo verificado no caso configura situação de ilegalidade e inconstitucionalidade, o que acaba por frustrar direito fundamental que se pretende garantir mediante a finalização de processo de demarcação e titulação de terra indígena, previsto no art. 231 da Constituição Federal.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 14, prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas. E o item 3 deste artigo 14 contempla a obrigação dos Estados de instituírem "procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados":

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo 27/92 e promulgada pelo Decreto 678/92, vêm sendo interpretada de forma dinâmica e evolutiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou, em caso submetido ao seu julgamento, se estariam configurados a devida diligência, o prazo razoável e a efetividade do trâmite administrativo de reivindicação de terras tradicionais indígenas (Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai)⁴

A Corte concluiu que o procedimento de reivindicação de terras iniciado pela Comunidade não foi realizado com a devida diligência. Consequentemente, o Tribunal conclui que a atuação das autoridades estatais não foi compatível com os padrões de diligência consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana:

2.2.1. Devida diligência no trâmite administrativo

127. A Corte observa que ao longo da duração do procedimento administrativo iniciado em 1990 não se realizaram maiores diligências. No curso de mais de 17 anos de duração deste procedimento, a partir do reconhecimento da competência da Corte, foi solicitado um estudo antropológico, realizaram-se algumas reuniões para tentar chegar a um acordo entre as partes e intercambiaram-se ofertas entre os proprietários privados e os membros da Comunidade em ao menos cinco oportunidades. Antes do reconhecimento da competência da Corte realizaram-se duas inspeções oculares.

⁴ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 12-01-2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

128. As poucas diligências realizadas pelo Estado tiveram início a pedido dos membros da Comunidade ou por proposta do proprietário privado. Entretanto, nenhuma delas foi determinante na obtenção de uma solução definitiva à reclamação apresentada pela Comunidade. Ademais, ante a reivindicação da Comunidade de que as terras oferecidas como alternativa a suas terras tradicionais não eram aptas para seu assentamento, nem o IBR nem o INDI solicitaram a realização de estudos técnicos que comprovassem ou negassem essa alegação; ainda mais quando estas instituições estatais estão legalmente obrigadas a prover “terras aptas e pelo menos de igual qualidade” às que ocupavam os membros da Comunidade.

129. O Tribunal toma nota de longos períodos de inatividade nos autos. Desde que foi transmitido ao INDI em junho de 1994, não consta no mesmo nenhuma atuação deste organismo para a solução do processo até julho de 1995, quando os representantes da Comunidade solicitaram informação a respeito das gestões realizadas. Igualmente, depois de uma reunião entre as partes em fevereiro de 1996, convocada por iniciativa dos membros da Comunidade, não houve novas atuações até o ano de 1998 quando o proprietário privado ofereceu as terras reclamadas, mas isso não foi aceito pelo Estado. Posteriormente, em um espaço de seis anos, entre o ano de 2000 e 2006, as únicas atuações que constam são ofertas realizadas por proprietários privados às autoridades estatais. Resulta ainda mais grave que o expediente administrativo teve que ser reconstituído porque os documentos haviam sido extraviados.

130. Finalmente, o Tribunal observa que, em junho de 1994, o IBR solicitou ao INDI que se pronunciasse sobre o pedido de expropriação proposto pela Comunidade, por considerar que havia esgotado a via administrativa. Entretanto, não consta nos autos que o INDI tenha dado resposta a este pedido. Ao contrário, as atuações deste organismo revelam que buscou continuar a via administrativa, o que foi confirmado pelo então Presidente do INDI, que manifestou que “[a]s gestões de[ssa] Presidência ha[viam] se dirigido a tentar uma vez mais [...] concluir a presente causa administrativa por via da negociação”.

131. Em razão de todas as considerações precedentes, a Corte considera que o procedimento de reivindicação de terras iniciado



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

pela Comunidade não foi realizado com a devida diligência. Consequentemente, o Tribunal conclui que a atuação das autoridades estatais não foi compatível com os padrões de diligência consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.

O Tribunal conclui também que a duração do procedimento administrativo não é compatível com o princípio do prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana:

2.2.2. Princípio de prazo razoável no procedimento administrativo

132. Tanto a Comissão como os representantes alegaram que a duração do procedimento de reivindicação de terras violava o princípio do prazo razoável. O Estado não se referiu a esta alegação.

133. O artigo 8.1 da Convenção estabelece, como um dos elementos do devido processo, que aqueles procedimentos que se desenvolvam para a determinação dos direitos das pessoas de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer caráter, devem ser feitos dentro de um prazo razoável. A Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: i) complexidade do assunto, ii) conduta das autoridades, iii) atividade processual do interessado¹⁵⁵ e iv) afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

134. Com relação ao primeiro elemento, a Corte reconhece, como o fez em oportunidades anteriores, em relação a este recurso, que o assunto neste caso é complexo. Entretanto, adverte que as demoras no processo administrativo não se produziram pela complexidade do caso, mas pela atuação deficiente e demorada das autoridades estatais (segundo elemento). Como foi exposto anteriormente, a atuação dos órgãos do Estado encarregados da resolução da reivindicação territorial da Comunidade caracterizou-se durante todo o procedimento administrativo pela passividade, inatividade, pouca diligência e falta de resposta das autoridades estatais.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

135. Em relação ao terceiro elemento, a atividade processual do interessado, a Corte observa que longe de entorpecer a tramitação do recurso, muitas das atuações no processo foram iniciadas a pedido da Comunidade.

136. Quanto ao quarto elemento para determinar a razoabilidade do prazo, deve-se levar em consideração a afetação gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida no mesmo, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto de controvérsia. O Tribunal estabeleceu que se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso se resolva em tempo hábil. No presente caso a demora na obtenção de uma solução definitiva ao problema da terra dos membros da Comunidade incidiu diretamente em seu estado de vida. Esta situação é analisada em profundidade no Capítulo VII *infra*.

137. Adicionalmente, a Corte recorda que nos casos das comunidades indígenas de *Yakye Axa* e *Sawhoyamaya*, ambos contra o Paraguai, este Tribunal considerou que os prazos de mais de 11 anos e 13 anos, respectivamente, de duração dos procedimentos de reivindicação de terras não eram compatíveis com o princípio do prazo razoável. Portanto, o prazo de mais de 17 anos no presente caso (par. 127 *supra*) não pode senão levar a semelhante conclusão.

138. Consequentemente, o Tribunal conclui que a duração do procedimento administrativo não é compatível com o princípio do prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem reconhecendo demora excessiva nos processos de titulação de comunidades tradicionais, por meio da sentença proferida em 5 de fevereiro de 2018, declarou o Brasil internacionalmente responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como pela violação dos direitos de proteção judicial e à propriedade coletiva,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

previstos nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana, do Povo Tradicional Indígena Xucuru.

Constatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos demora excessiva do referido processo administrativo:⁵

Neste caso, foi violada a segurança jurídica do Povo Indígena Xucuru em relação ao direito à propriedade do seu território ancestral. O processo administrativo de reconhecimento, titulação e demarcação das terras iniciou em 1989. Não obstante, apenas em 2005 houve a confirmação do título de propriedade formal no registro de imóveis. Igualmente, o processo de desintrusão do território, o pagamento de indenização a proprietários não indígenas e a sua retirada do território ainda não foram concluídos. A Corte constatou que a demora do processo administrativo foi excessiva e que o tempo transcorrido para realizar a desintrusão do território titulado em 2005 é injustificável, razão pela qual o Estado violou o direito à garantia judicial do prazo razoável e, conseqüentemente, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial do povo indígena.

Este e. TRF4 já decidiu pela possibilidade de fixação de prazo para a conclusão de procedimento administrativo de demarcação de terra indígena quando constatada violação do direito à duração razoável do processo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. MORA ESTATAL. DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. 1. A União é litisconsorte necessária da FUNAI nas causas em que se discute a posse e a demarcação de terras indígenas. 2. O acúmulo de processos administrativos, a complexidade do pedido ou carência de pessoal

⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_09_18_por.pdf> . Acesso em: 23-04-2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

não podem acarretar delonga excessiva de processo, que deve ter seu trâmite finalizado em prazo razoável, em especial quando relativo a reconhecimento de área indígena, essencial para sobrevivência de cultura tradicional e segurança jurídica e social. 3. A falta ou deficiência da prestação do serviço acaba gerando o direito subjetivo da coletividade atingida por seu não cumprimento a obter em Juízo que seja o responsável compelido a essa obrigação de fazer. É possível, assim, o controle judicial da atuação do Estado, mesmo quando este sustenta que esteja havendo ingerência na esfera do seu poder discricionário, pois esse poder apresenta limitações, em especial quando se trata da realização de direitos fundamentais. (TRF4, AG 5006620-61.2018.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 12/10/2018)

No caso dos autos, a mora estatal ao violar direitos fundamentais está ocasionando graves danos à comunidade indígena.

A situação de demora na conclusão do processos de demarcação da terra indígena na região resulta na precariedade da situação da comunidade indígena, ao dificultar o acesso de direitos constitucionais como a moradia e saneamento básico, e a possibilidade de acirramento do conflito fundiário.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou recentemente, em fevereiro de 2021, o relatório final sobre a Situação de Direitos Humanos no Brasil⁶, em que constata que, embora o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido o prazo de cinco anos para a conclusão da demarcação de todas as terras indígenas, esse prazo não vem sendo observado.

Também reitera as disposições da Corte Interamericana no caso povo Xucuru e de seus membros vs. Brasil (2018), no sentido de que a falta de delimitação e demarcação efetiva dos limites do território sobre o qual existe um direito de propriedade coletiva por um povo indígena pode gerar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos:

⁶ Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 08-06-2021.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

63. Embora a Constituição da República do Brasil reconheça o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e contenha orientação específica quanto ao prazo de 5 anos para essa destinação, a Comissão observa que a demarcação dessas terras não vem sendo concluída dentro desse prazo. Apesar do registro informado pelo Estado brasileiro de que, em 2018, 435 se encontravam regularizadas, atualmente ainda existiriam 847 territórios indígenas com alguma pendência a ser sanada pelo Estado brasileiro para a sua titulação. Esse número corresponde a 64% do total das 1.306 terras indígenas. Além disso, a CIDH recebeu informações que indicariam que as recentes medidas adotadas pelo Estado poderiam ter um impacto negativo sobre as garantias do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas. Além disso, causa extrema preocupação, por exemplo, a Proposta de Emenda Constitucional nº 187, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que autoriza a exploração econômica de terras indígenas para atividades agropecuárias e florestais.

64. A CIDH reitera as disposições da Corte Interamericana no caso povo Xucuru e de seus membros vs. Brasil (2018), no sentido de que a falta de delimitação e demarcação efetiva dos limites do território sobre o qual existe um direito de propriedade coletiva por um povo indígena pode gerar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos. Essa mesma decisão estabelece que a incerteza sobre os limites dos direitos de propriedade no contexto de extensão territorial gera, por consequência, a insegurança sobre até que ponto os povos originários podem livremente usar e usufruir dos seus respectivos bens.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomenda ao Brasil quanto a essa questão “agilizar a finalização de pedidos de delimitação, demarcação e titulação de terras e territórios tradicionais de povos indígenas e tribais de acordo com as normas internacionais de direitos humanos aplicáveis”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Dessa forma, considerando a irrazoabilidade do prazo já decorrido, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário diante do descumprimento das normas referidas, sob pena de a ilegalidade e inconstitucionalidade perpetuarem-se indefinidamente, frustrando o direito da comunidade indígena de que tramite em tempo razoável o processo administrativo em que objetiva a titulação de suas terras, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal e Decreto 1.775/96.

2.1.3.2 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

As razões apontadas de violação de separação de poderes e discricionariedade da Administração Pública não afastam a possibilidade de concessão de provimento jurisdicional que tenha por finalidade assegurar a efetividade de direito fundamental à duração razoável do processo de delimitação e titulação de terra tradicional indígena.

A doutrina especializada e a jurisprudência dos tribunais superiores vêm se posicionando, em síntese, no sentido de que esses argumentos devam ser afastados quando se trata de omissão do Estado na implementação de políticas públicas (ainda que derivada de insuficiente concretização) cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional.

Devemos aplicar nesse caso o preceito da proporcionalidade no sentido da proibição da não-suficiência. A proibição da não-suficiência exige que o administrador, se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes" (AI 739151 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014).

Em outra importante decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder, o órgão judiciário competente estará agindo dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, tal como tem sido reconhecido, por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos" (AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014).

Destaca-se do referido acórdão os seguintes fundamentos sobre o controle jurisdicional em caso de inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais por omissão ou por insatisfatória concretização:

Nem se diga que o Poder Judiciário *não disporia de competência* para colmatar, "*in concreto*", omissões estatais caracterizadas pelo inadimplemento, *por parte do Poder Público*, de dever jurídico que lhe foi imposto *pela própria* Constituição da República, como resulta claro, *presente o contexto ora em exame*, do seu art. 5º, inciso LXXIV, c/c o art. 134.

O Supremo Tribunal Federal *firmou entendimento* no sentido de que é lícito *ao Poder Judiciário*, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, *em sede jurisdicional*, medidas *destinadas a tornar efetiva* a implementação de políticas públicas, *se e quando se registrar, como sucede no caso*, situação configuradora de *inescusável omissão estatal*.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, *em maior ou em menor extensão*, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido *da maior gravidade político-jurídica*, eis que, *mediante inércia*, o Poder Público *também desrespeita* a Constituição, *também ofende* direitos que nela se fundam *e também impede*, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, *tal como tem advertido* o Supremo Tribunal Federal:

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Vê-se, pois, que, *na tipologia das situações inconstitucionais*, inclui-se, *também*, aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento – como aquele estabelecido no art. 5º, LXXIV, e no art. 134 da Lei Fundamental – atribuído ao Poder Público *pela própria* Constituição.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial *derivada de insuficiente concretização*, pelo Poder Público, *do conteúdo material* da norma impositiva fundada na Carta Política – *refletem comportamento estatal que deve ser repellido*, pois a inércia do Estado, *como a que se registra no caso ora em exame*, qualifica-se, *perigosamente*, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, *por isso mesmo*, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

(...)

É importante enfatizar, *desse modo*, que, mesmo em tema de implementação de políticas governamentais *previstas e determinadas* no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões *que neutralizam* os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa *um inaceitável insulto* a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício *está sendo inviabilizado* por contumaz (e *irresponsável*) inércia do aparelho estatal (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220).

O Supremo Tribunal Federal, *em referidos julgamentos*, colmatou a *omissão governamental* e conferiu *real efetividade* a direitos essenciais, dando-lhes concreção e viabilizando, *desse modo*, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais cuja realização prática lhes estava sendo negada, *injustamente*, por arbitrária abstenção do Poder Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

(...)

É certo – *tal como observei no exame* da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, *ordinariamente*, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, *em especial* – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, *nesse domínio*, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), o encargo reside, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, *no entanto*, que tal incumbência poderá ser atribuída, *embora excepcionalmente*, ao Poder Judiciário, *se e quando* os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem *em caráter vinculante*, vierem a comprometer, *com tal comportamento*, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados *de estatura constitucional*, como sucede na espécie ora em exame.

A reserva do possível ou a necessidade de previsão de dotação orçamentária não afastam o dever constitucional ora postulado. O Supremo Tribunal Federal também afastou esse argumento, como se constata do seguinte trecho do acórdão citado, mencionando o entendimento de que: “a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo *objetivamente aferível* – não pode ser invocada, *pelo Estado*, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando *dessa conduta governamental negativa* puder resultar nulificação ou, *até mesmo*, aniquilação de direitos constitucionais impregnados *de um sentido de essencial fundamentalidade*” (AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014).

Cumprir referir que “a Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária” (RE 658171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

julgado em 01/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014).

2.1.3.3 MULTA COERCITIVA

A FUNAI, ora apelante, alega o descabimento de arbitramento de multa sem resistência injustificada do cumprimento da obrigação de fazer imposta. Pede a exclusão da multa fixada; subsidiariamente, a sua redução.

Os Tribunais têm entendimento pacífico, inclusive em julgamento de recurso repetitivo do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.474.665/RS), quanto ao cabimento de imposição de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer, que tem a função de emprestar força coercitiva à ordem judicial, conferindo-lhe efetividade (art. 537 do CPC e art. 11 da Lei nº 7.347/85).

Nesse sentido, o seguinte posicionamento doutrinário⁷:

Para que a sentença mandamental tenha força persuasiva suficiente para coagir alguém a fazer ou não fazer, realizando, assim a tutela prometida pelo direito material, permite-se ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa coercitiva – *astreintes* (art. 537, CPC). A finalidade da multa é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a cumprir a ordem jurisdicional. Para que a multa coercitiva possa constituir autêntica forma de pressão sobre a vontade do demandado, é fundamental que seja fixada com base em critérios que lhe permitam alcançar o seu fim. Assim é que o valor da multa coercitiva não tem qualquer relação com o valor da prestação que se quer observada mediante a imposição de fazer ou não fazer. As *astreintes*, para convencer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz. (...).

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso⁸, “o núcleo do art. 11 da Lei 7.347/85 - "cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível" - deve ser interpretado à luz do objetivo buscado, que é o da efetiva proteção ao interesse metaindividual de que se trate”.

Continua o autor, que “dada essa natureza da multa pecuniária, ela pode ultrapassar o valor da obrigação. Não tem o caráter de prefixação das perdas e danos. Por outro lado, deve ela ser fixada em valor suficiente para causar o efeito compulsivo, não podendo, portanto, ser irrisória”.

O referido autor, citando Nelson Nery Júnior, afirma que o valor da multa “deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes, especificamente, não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o valor da multa fixada pelo juiz”.

Da mesma forma, Arenhart e outros⁹, ao afirmar que a multa coercitiva “terá incidência enquanto persistir sua finalidade de estimular o devedor a cumprir a determinação judicial. Por essa razão, entende-se que, em regra, enquanto subsistir o inadimplemento deve ser aplicada, não se restringindo ao valor da obrigação”.

O pretendido pela FUNAI de que seja determinada a redução do valor da multa diária fixada em caso de descumprimento de decisão judicial não atende à finalidade da multa coercitiva, pois em que pese a possibilidade de redução de multa quando ela se revela exorbitante, tampouco ela deverá ser insuficiente a ponto de tornar ineficaz o comando judicial.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz *et al.* **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

2.2 REEXAME NECESSÁRIO DA SENTENÇA COM FUNDAMENTO NO ART. 19 DA LEI DA AÇÃO POPULAR

O cabimento de reexame necessário no caso dos autos se fundamenta não na sucumbência parcial da Fazenda Pública, prevista no CPC, mas na aplicação analógica do art. 19 da Lei da Ação Popular às Ações Cíveis Públicas quanto aos pedidos julgados improcedentes.

Conforme Emerson Souza e Miriam Chueri, “as hipóteses de reexame necessário previstas no CPC destinam-se a tutelar os interesses da pessoa jurídica de direito público (Administração Pública), sendo interesses de natureza secundária; de outro turno, os interesses protegidos pela Lei 7.347/1985 são de natureza primária, portanto, prevalentes”.¹⁰

No mesmo sentido, Geisa de Assis Rodrigues, que afirma que “Assim como na ação popular e na ação civil pública que protege direitos das pessoas portadores de deficiência, os autores das demais ações coletivas também atuam em favor do interesse público, promovendo a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ainda que haja um ente público figurando como réu nessas ações, quem está na posição de defensor dos direitos da sociedade, pelo menos em tese, são os legitimados ativos”.¹¹

Com fundamento na existência de um microsistema da tutela coletiva, que reclama a mesma disciplina naquilo que não for incompatível com o regramento especial, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação analógica nas ações cíveis públicas em geral do art. 19 da Lei da Ação Popular, admitindo o reexame necessário nos casos de carência da ação ou improcedência de algum dos pedidos da ação civil pública.

Consta no voto do Rel. Castro Meira, proferido nos autos do REsp 1108542/SC, que “dada a ausência de dispositivo na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) versando sobre a remessa oficial, deve-se, prioritariamente, buscar norma de integração dentro do microsistema processual da tutela coletiva, o que confirma

¹⁰ SOUZA, Emerson Cortezia de; CHUERI, Miriam Fecchio. **A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie – sistema processual coletivo de proteção ao interesse público**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 200, out. 2011.

¹¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Anotações sobre reexame necessário em sede de ação civil pública**. In: B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – n. 1, p. 73-76 – out./dez. 2001.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

como legítima a aplicação por analogia do art. 19 da Lei nº 4.717/65" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19/5/2009, Dje 29/5/2009).

Da mesma forma, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. Segundo jurisprudência consolidada desta Corte, aplica-se o art. 19 da Lei n. 4.717/65 por analogia às ações civis públicas, de forma que a sentença de improcedência deve ser submetida ao reexame necessário.

2. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada no art. 475, § 1º, do CPC/73 apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC/73, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1264666/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

2.2.1 DA CONFIGURAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS

O Ministério Público Federal postula indenização por danos morais coletivos ao grupo indígena que reivindica a demarcação de terras no distrito de Campo do Meio, localizado no Município de Gentil/RS.

O Juízo de origem, contudo, entendeu que o caso concreto não se encaixaria nos contornos do conceito jurídico permissivo dessa espécie de responsabilização estatal especialmente sob o fundamento de que a conduta ilícita na condução do procedimento administrativo de identificação de possível terra indígena, para fins de sua demarcação, causou outra espécie de dano no caso concreto, que ultrapassaria os limites de um típico dano moral imposto a determinado grupo étnico ou coletividade específica. Tratar-se-ia, segundo os fundamentos da sentença, de dano moral social e não de dano moral coletivo.

Referiu o Juízo de origem "à configuração, no caso concreto, de um verdadeiro *dano social*, já que a demora na conclusão de procedimentos administrativos e na prática de atos administrativos específicos, por tantos anos, acabou por atingir a todos os habitantes da região e, mesmo, à sociedade em geral".

Conclui o Juízo que: "(a) não se pode considerar o pleito do MPF nesta ACP como uma postulação de indenização por dano social, sob pena de que o julgamento ocorra fora dos limites do pedido, em prejuízo grave dos princípios do contraditório e da ampla defesa; (b) tampouco se pode conceber, de outra parte, que o dano moral coletivo possa ser reconhecido a apenas uma das comunidades ou coletividades afetadas pela conduta administrativa, como se fosse algo como um parcela do dano social ou de um todo indenizatório que haveria de lhe ser devido - razão pela qual o reconhecimento do dano social aqui não aproveita ao pedido do MPF".

Contudo, o fato de a demora do trâmite do referido procedimento administrativo eventualmente ter ocasionado danos também a grupos de não-índios ou mesmo à sociedade em geral não afasta a necessária condenação dos entes públicos ao pagamento de indenização à comunidade indígena, diretamente afetada pela situação danosa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

O Juízo de origem expressamente reconheceu que "tal instabilidade sem dúvida causou impactos morais negativos a acampados do grupo indígena que reivindicam seus supostos direitos às terras de Campo do Meio, baseados no instituto do indigenato".

Ainda que o Juízo de origem tenha reconhecido que a situação apresentada representou prejuízo moral aos indígenas, afastou a indenização por danos morais coletivos por entender que se trataria de danos sociais em razão de considerar a extensão maior dos danos e como não havia sido pedido indenização por danos sociais, nenhum dano seria indenizado.

Embora até o momento não haja posições doutrinárias sedimentadas sobre o conceito jurídico de dano social e sua distinção com dano moral coletivo, pode-se afirmar que a configuração de dano social não exclui o dano moral coletivo.

Porém, seja qual for a posição doutrinária a ser adotada, a solução apresentada pela sentença contraria diretamente o princípio da efetividade do processo, o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa.

Enquanto no dano social, que pode ser patrimonial ou imaterial, a vítima é a sociedade, o dano moral coletivo tem como vítimas titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos.¹²

Caso efetivamente esteja também configurado um dano à sociedade em geral, este dano deve ser entendido como cumulável com os demais danos, como o material e moral.

A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, o qual não restringe a violação à esfera individual. Também encontra fundamento legal no art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe que são regidas por essa Lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, além de à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.¹³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a existência de dano extrapatrimonial coletivo e o correspondente dever de repará-lo. Afasta-se, pois, da

¹² TARTUCE, Flávio. **Reflexões sobre o dano social**. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Ano 9, vol. 34, abr/jun 2008.

¹³ No Código Civil, os artigos 186, 927 e 944, entre outros, dispõem sobre o ato ilícito e a responsabilidade civil.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

concepção individualizada do abalo psíquico, para reconhecer a existência de dano extrapatrimonial coletivo indenizável sempre que a lesão ou a ameaça de lesão atingir valores e interesses fundamentais do grupo (REsp 1315822/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015).

Para o STJ, “é cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)” (REsp 1349188/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

7. A 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.

8. 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.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

(...)

(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE.

(...)

4. "A jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública" (AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017). Nesse mesmo sentido: AgRg no REsp 1.541.563/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/9/2015).

5. No que concerne aos elementos caracterizadores do dano moral coletivo, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que "a 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 tem 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. 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

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 1.397.870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2014).

6. "Os danos morais coletivos se configuram na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, na qual é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo" (AgInt no AREsp 1.343.283/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 19/2/2020).

(...)

(AgInt no AREsp 538.308/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 04/09/2020)

Destaca-se, ainda, que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral (REsp 1643365/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018).

A reparação dos danos no sistema interamericano de direitos humanos considera além dos danos imateriais as garantias de não repetição como forma de reparação coletiva.¹⁴

No caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte que declarasse que o Estado é responsável pela falta de garantia do direito de propriedade ancestral da Comunidade Indígena Xákmok Kásek e seus membros, já que desde 1990 encontrar-se-ia tramitando a solicitação de reivindicação territorial da Comunidade, sem que até então houvesse sido resolvida satisfatoriamente (a sentença foi prolatada em 24 de agosto de 2010).

Segundo a Comissão, esse fato teria ocasionado não somente a impossibilidade de a Comunidade ter acesso à propriedade e à posse de seu território, mas, pelas próprias características da mesma, tem implicado mantê-la em

¹⁴ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 23-09-2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, que ameaçam de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma:

2. A demanda está relacionada com a alegada responsabilidade internacional do Estado pela suposta falta de garantia do direito de propriedade ancestral da Comunidade Indígena Xákmok Kásek (doravante denominada a “Comunidade Indígena Xákmok Kásek”, a “Comunidade Xákmok Kásek”, a “Comunidade indígena” ou a “Comunidade”) e seus membros (doravante denominados “os membros da Comunidade”), já que desde 1990 encontrar-se-ia tramitando a solicitação de reivindicação territorial da Comunidade, “sem que até agora h[ouveresse] sido resolvida satisfatoriamente”. Segundo a Comissão “[o] anterior tem significado não somente a impossibilidade de a Comunidade ter acesso à propriedade e à posse de seu território, mas, pelas próprias características da mesma, tem implicado mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, que ameaçam de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma”.

3. A Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à Vida), 8.1 (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado determinadas medidas de reparação. A demanda foi notificada ao Estado e aos representantes das supostas vítimas em 17 de agosto de 2009.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, então, concluiu que o procedimento de reivindicação de terras iniciado pela Comunidade não foi realizado com a devida diligência e que a duração do procedimento administrativo não seria



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

compatível com o princípio do prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A respeito do pedido de reparação, a Corte afirmou que "sobre a base do disposto no artigo 63.1 da Convenção, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente e que essa disposição "reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado".

A Corte ao determinar a reparação por dano imaterial levou em consideração o significado especial que a terra possui para os povos indígenas em geral, e para os membros da Comunidade Xákmok Kásek em particular, o que "implica que toda denegação ao gozo ou exercício dos direitos territoriais acarreta o menosprezo de valores muito representativos para os membros dos referidos povos, os quais correm o perigo de perder ou sofrer danos irreparáveis em sua vida e identidade e no patrimônio cultural a ser transmitido às futuras gerações":

321. Este Tribunal valorará no momento de fixar o dano imaterial o significado especial que a terra possui para os povos indígenas em geral, e para os membros da Comunidade Xákmok Kásek em particular (par. 107, 149 e 174 a 182 *supra*), o que implica que toda denegação ao gozo ou exercício dos direitos territoriais acarreta o menosprezo de valores muito representativos para os membros dos referidos povos, os quais correm o perigo de perder ou sofrer danos irreparáveis em sua vida e identidade e no patrimônio cultural a ser transmitido às futuras gerações.

322. Assim mesmo, a Corte leva em consideração que o Estado se comprometeu "ao desenvolvimento integral desta Comunidade mediante a elaboração e execução de projetos de renda coletiva da propriedade que lhe seja adjudicada, seja com fi nanciamento interno ou mediante fi nanciamento externo".

323. Tendo isso em consideração e como foi feito em casos anteriores, a Corte considera procedente ordenar, em equidade, que o Estado crie um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial sofrido pelos membros da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Comunidade. Este fundo e os programas que chegarem a apoiar deverão ser implementados nas terras que sejam entregues aos membros da Comunidade, conforme os parágrafos 283 a 286 e 306 desta Sentença. O Estado deverá destinar a quantia de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América) para esse fundo, a respeito do qual devem ser destinados recursos, entre outras coisas, para a implementação de projetos educacionais, habitacionais, de segurança alimentar e de saúde, assim como de fornecimento de água potável e a construção de infraestrutura sanitária, em benefício dos membros da Comunidade. Estes projetos deverão ser determinados por um comitê de implementação, descrito a seguir, e deverão ser completados em um prazo de dois anos, a partir da entrega das terras aos membros da Comunidade.

No caso dos autos, a mora estatal ao violar direitos fundamentais ocasionou danos à comunidade indígena que enseja reparação coletiva.

O Relatório do GT Direitos dos Povos Indígenas e das Comunidades Quilombolas da Região Sul, criado no âmbito do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, fez referência a denúncias de violação dos direitos territoriais, entre as quais paralisação dos processos de regularização fundiária das terras indígenas.¹⁵

No Relatório ficou expressa a relevância que os processos de regularização fundiária de terras indígenas representam às comunidades indígenas:

Dos pronunciamentos feitos pelas lideranças indígenas durante a abertura dos trabalhos do GT, reivindicando de forma reiterada a continuidade e conclusão dos processos de regularização fundiária das terras indígenas tradicionalmente ocupadas por seus povos ou daquelas caracterizadas como doações e reservas para usufruto exclusivo de suas comunidades, é possível depreender, primeiramente, a importância simbólica e material atribuída pelos povos indígenas às terras como espaços de sobrevivência física e reprodução cultural segundo seus usos, costumes e tradições. Este aspecto dos direitos originários dos povos indígenas foi assegurado

¹⁵ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-do-gt-sobre-direitos-dos-povos-indigenas-da-regiao-sul-1>>. Acesso em: 23-09-2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

constitucionalmente (art. 231 da Constituição Federal – CF) e vem sendo respaldado por uma série de convenções (Convenção nº. 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho – OIT) e declarações internacionais (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2006 e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 da Organização dos Estados Americanos – OEA), das quais o Brasil é signatário, encontrando acolhida constitucional e infraconstitucional em praticamente todos os países onde vivem povos indígenas.

No Brasil, a regularização fundiária das terras indígenas como processo administrativo realizado pelo Poder Executivo é responsável pelo provimento de segurança jurídica às terras indígenas, assim como às propriedades privadas e empreendimentos públicos e privados limítrofes a estas. Nesse sentido, a chamada “demarcação de terras indígenas”, constitui importante política de ordenamento territorial e pacificação de conflitos fundiários e interétnicos no campo.

Reconhecida internacionalmente, essa política propicia o reconhecimento e efetivação interdependente de uma série de direitos diferenciados para os povos indígenas na educação, saúde, segurança alimentar, moradia, desenvolvimento, emprego e renda, conservação ambiental, acesso aos recursos naturais, registro civil, previdência social etc. Isto constitui o segundo motivo pelo qual as lideranças indígenas reivindicam a regularização fundiária de suas terras e o acesso às ações, programas e políticas públicas decorrentes da regularização e que propiciariam melhor qualidade de vida para seus povos e cidadania efetiva para seus indivíduos na sociedade brasileira.

Em razão disso, foi recomendado que o Estado Brasileiro, representado pelo Governo Federal, reafirmasse seu compromisso com os procedimentos administrativos vigentes para a regularização fundiária de terras indígenas.

Essa situação de paralisação de demarcações indígenas vem aumentando significativamente de forma notória, sem quaisquer perspectivas de sua retomada.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Como visto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou recentemente, em fevereiro de 2021, o relatório final sobre a Situação de Direitos Humanos no Brasil, reiterando que a falta de delimitação e demarcação efetiva dos limites do território sobre o qual existe um direito de propriedade coletiva por um povo indígena pode gerar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos.

Conclui a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que os povos indígenas “até hoje não obtiveram o direito a viverem em suas terras ancestrais assegurado pela Constituição brasileira”, que, em razão de obstáculos à garantia do direito à terra e a situação de extrema vulnerabilidade, “seguem experimentando uma inclusão econômica precária e um acesso limitado a serviços públicos e à moradia, bem como, em muitos casos, sofrendo estigmatização e exclusões sistemáticas pela necessidade de migrar, de maneira forçada, para espaços que apresentam mais oportunidades para suas vidas”:

Ainda nesse âmbito, destaca-se a vulnerabilidade relacionada à discriminação histórica dos povos indígenas e comunidades quilombolas, que até hoje não obtiveram o direito a viverem em suas terras ancestrais assegurado pela Constituição brasileira. Os obstáculos à garantia do direito à terra, em ambos os casos, têm se combinado a crescentes conflitos agrários e a projetos de desenvolvimento executados sem consulta prévia, livre e informada com as comunidades afetadas, e que também integram a estrutura da experiência social brasileira de marginalização de pessoas em situação de pobreza na cidade e no campo. Essas pessoas seguem experimentando uma inclusão econômica precária e um acesso limitado a serviços públicos e à moradia, bem como, em muitos casos, sofrendo estigmatização e exclusões sistemáticas pela necessidade de migrar, de maneira forçada, para espaços que apresentam mais oportunidades para suas vidas. Assim, em um quadro de extrema vulnerabilidade, muitas dessas pessoas acabam se tornando vítimas de esquemas de trabalho escravo ou de redes de tráfico de pessoas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Podemos, ainda, considerar no caso a existência de danos ao projeto de vida coletivo da comunidade indígena.¹⁶

A categoria de dano ao projeto de vida, segundo Gilberto Schäfer e Carlos Machado, "tem a tarefa de precisar os danos imateriais ou morais albergados na Constituição do Brasil (art. 5º, V e X), realizando uma adequada qualificação jurídica de modo a reparar integralmente os danos causados a pessoa humana em seu aspecto individual e coletivo. A proteção ao Projeto de vida permite uma adequada reparação das vítimas de violações indevidas - especialmente daquelas ofensas aos direitos humanos - e que as pessoas não sejam tolhidas de realizar as escolhas que elegeram e que o direito possa sancionar adequadamente os violadores destas condutas"¹⁷.

Para Sessareno, "o mais grave dano que se pode causar a uma pessoa é aquele que repercute de modo radical em seu projeto de vida, quer dizer, aquele ato danoso que impede que o ser humano se realize existencialmente, em conformidade com dito projeto livremente escolhido, atendendo a uma vocação própria"¹⁸.

No caso dos autos, pode-se afirmar que houve um dano ao projeto de vida coletivo da comunidade indígena, pois foi afetada a sua autodeterminação e dignidade.

Podemos para o caso concreto utilizar os fundamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao apresentar a demanda na Corte no caso Comunidade Yakye Axa Vs. Paraguai:

¹⁶ A doutrina vem admitindo novas categorias de danos reparáveis diante da ocorrência de violação a direitos fundamentais e atos antijurídicos. O Enunciado 456, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, estabelece que "a expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". Como novas categorias de danos há os danos existenciais e dano ao projeto de vida, que são subespécies de danos extrapatrimoniais ou imateriais.

¹⁷ SCHÄFER, Gilberto e MACHADO, Carlos Eduardo Martins. **A reparação do dano ao Projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, p. 179-197, janeiro/junho de 2013.

¹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. **A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado**. Revista da Ajuris. nº 127, setembro de 2012.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

O vínculo humano, espiritual e cultural da Comunidade Yakye Axa e de seus membros com sua terra ancestral é profundamente sentido por eles. A terra ancestral da Comunidade Yakye Axa e o *habitat* nessa terra que seus membros percorreram e humanizaram configura seu passado, seu presente e seu futuro. Define a identidade da Comunidade e de seus membros e representa o lugar onde para eles é possível imaginar a materialização de um projeto de vida respeitoso de sua cosmogonia e de suas práticas culturais. A decisão da Comunidade de assentar-se à beira do caminho, ao lado de sua terra, a espera de sua restituição, expressa, no tempo presente, o que essa terra e esse território significam para a Comunidade Yakye Axa e seus membros

Deve ser levado em consideração para a reparação de dano imaterial, portanto, o projeto de vida no plano coletivo que foi vulnerado em face da demora no andamento da reivindicação de regularização fundiária da comunidade indígena.

Colaciona-se, ainda, o seguinte julgado do TRF1, no qual o dano moral coletivo ficou caracterizado diante da flagrante omissão do Poder Público em dar cumprimento à garantia constitucional de demarcação dos territórios indígenas, violando, dessa forma, o patrimônio valorativo dessas comunidades:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POVO INDÍGENA TEMBÉ DAS ALDEIAS JEJU E AREAL, NO MUNICÍPIO DE SANTA MARIA DO PARÁ/PA. IDENTIFICAÇÃO E DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS PREVISTOS NO ART. 67 DO ADCT, NO ART. 65 DA LEI Nº 6.001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO) E NO DECRETO 1.775/96. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DE LEVANTAMENTOS PRÉVIOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA PARA ATENDER À PRETENSÃO AUTORAL. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

DANO MORAL COLETIVO. AFRONTA À ORDEM JURÍDICA. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCABIMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUDICIAL REJEITADA. I - Não há que se falar em nulidade da sentença por julgamento extra petita, na medida em que a obrigação de realizar estudos demarcatórios prévios está contida na pretensão de obter a demarcação das Terras Indígenas Jeju e Areal, integrando, portanto, o pedido final deduzido pelo autor. Assim, a condenação imposta pelo juízo monocrático encontra-se dentro dos limites do pedido autoral. II A Constituição Federal/88, em seu art. 231, dispõe que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. III A fim de assegurar ao indígena os direitos previstos na Constituição Federal/88, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73, art. 65) estipulam o prazo de 05 (cinco) anos, para que se conclua a demarcação das terras indígenas, tendo o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, estabelecido os prazos pertinentes a todo o procedimento administrativo de demarcação. IV Na hipótese dos autos, caracterizada a manifesta inércia da Fundação Nacional do Índio FUNAI, revelada pela ausência de apresentação de relatório conclusivo, após mais de 18 (dezoito) anos do requerimento de providências feito pelo MPF, e de quase 07 (sete) anos, desde a criação do respectivo Grupo Técnico, a Fundação Nacional do Índio FUNAI sequer apresentou o relatório conclusivo para a finalidade de demarcação, em manifesta afronta aos dispositivos legais e constitucionais acima referidos, a caracterizar, na espécie, a flagrante, injustificada e inaceitável inércia do referido órgão, em manifesta violação ao princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII e 37, caput). V A mera imposição de prazo para a conclusão de levantamentos prévios do procedimento demarcatório não é suficiente para atender aos interesses do grupo indígena Tembé, que almejam a resolução definitiva da questão demarcatória. Com efeito, há de se fixar prazo para a conclusão do processo demarcatório, com vistas a evitar que o direito constitucional dos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

povos indígenas seja, ainda mais, procrastinado pelo Estado. VI - A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais firmou-se, no sentido de que a 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). VII **Na espécie, o dano moral coletivo resta caracterizado na flagrante omissão do Poder Público em dar cumprimento à garantia constitucional de demarcação dos territórios indígenas, violando, dessa forma, o patrimônio valorativo dessas comunidades, ou seja, feriu sua própria cultura, em seu aspecto imaterial, uma vez que estão impedidas de exercer plenamente seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.** Cumpre destacar que, em tais casos, o dano moral não corresponde necessariamente à dor moral ou ao sofrimento psíquico, mas está relacionado à lesão à ordem jurídica, vale dizer, representa a violação por ação ou omissão do infrator a interesses coletivos legalmente tutelados, o que é o caso dos autos. VIII - 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor das comunidades indígenas. IX Por fim, não há que se falar em indenização por danos materiais, uma vez que não restou comprovado o efetivo prejuízo patrimonial suportado pelas comunidades indígenas em virtude da omissão estatal em demarcar seus territórios. Com efeito, supostas lesões materiais não são hábeis para justificar a responsabilização civil das promovidas. X Remessa oficial e Apelações da União Federal e da FUNAI desprovidas. Apelação do MPF parcialmente provida para reformar a sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o pedido inicial para: 1) condenar as promovidas à obrigação de fazer, consistente na conclusão, no prazo de 01 (um) ano, a contar da intimação desta decisão, do procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelo grupo indígena descrito nos autos, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 536); 2) condenar as promovidas à indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor das comunidades indígenas descritas nos autos, acrescido de juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança e correção monetária com base no IPCA-E. XI - Deferida, pela Turma julgadora, a tutela antecipada para que, desde já, os requeridos cumpram a obrigação de concluir o procedimento de demarcação dos territórios indígenas descritos nos autos, no prazo de 01 (um) ano, bem como para determinar que a FUNAI apresente, nos presentes autos, no prazo de 01 (um) mês, o cronograma com as medidas a serem tomadas para a conclusão dos trabalhos demarcatórios, o qual deverá ser fiscalizado pelo Ministério Público Federal de origem. (AC 0002237-13.2013.4.01.3904, JUIZ FEDERAL ILAN PRESSER, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 20/04/2020) (grifo nosso)

3 – CONCLUSÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Gabinete do Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Diante do exposto, o Ministério Público Federal se manifesta pelo desprovemento da apelação interposta pela FUNAI e, em reexame necessário com fundamento no art. 19 da Lei nº 4.717/65, pela reforma parcial da sentença, para que seja julgada a ação civil pública totalmente procedente.

Porto Alegre, 8 de junho de 2021.

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA