



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SERGIPE

EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA FEDERAL DA 9ª VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SERGIPE – SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PROPRIÁ

Referência: Inquérito Civil nº 1.11.001.000030.2018-12

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo procurador da República signatário, com amparo nos arts. 127, caput, e 129, II e III, da Constituição Federal; arts. 6º, VII, “a”, “c” e “d”, e 39, II, da Lei Complementar 75/1993 e arts. 1º, IV, e 5º, I, da Lei 7.347/1985 vem ajuizar

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de **TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

contra a

FUNDAÇÃO NACIONAL DO indígena – FUNAI, pessoa jurídica de direito privado, com sede no SEPS Quadra 702/902 Projeção A, Ed. Lex, CEP 70.390-025, Brasília/DF, representada judicialmente pela Procuradora Federal no Estado de Sergipe.

UNIÃO, representada pela Advocacia-Geral da União, com endereço na Avenida Beira Mar, nº 53, Bairro 13 de Julho, Aracaju/SE, email pu.se@agu.gov.br,

Pelas razões de fato e fundamentos de direito a seguir expostos.

1 – DO OBJETO DA DEMANDA

A presente ação civil pública tem por finalidade obter tutela judicial que imponha à **FUNDAÇÃO NACIONAL DO indígena – FUNAI** e à **UNIÃO** obrigação de fazer consistente na adoção de todas as medidas necessárias para assentar os indígenas do grupo Pankariri, em outra área rural, adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural, bem como para que **de imediato** atenda às situações emergenciais desses indígenas, valendo-se dos seus melhores esforços para a tutela da saúde, moradia, integridade física e dignidade das comunidades indígenas como o fornecimento dos suprimentos necessários, tais como materiais para protegê-los das intempéries e ataques de bichos, cestas básicas em quantidade e qualidade suficiente, água potável, medicamentos etc.



É inegável e injustificável demora da **FUNAI** em garantir a proteção das populações indígenas, na medida em que: a um cabia a própria autarquia diligenciar para a instrução de procedimento administrativo na busca da superação do conflito intra-étnico existente entre os indígenas Pankariris e Kariri-Xocós; a dois porquanto os indígenas Pankariris, desde os idos de 2018, tentam, porém sem sucesso, estabelecer tratativas com a **FUNAI** no sentido de viabilizar o assentamento da etnia em outra área.

Com efeito, é notória a afronta do direito fundamental ao princípio da razoável duração do processo, previsto no 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, ao passo em que, indubitavelmente, vem causando prejuízos aos integrantes da etnia em questão, que ficam alijados do pleno gozo dos seus direitos constitucionalmente assegurados.

O propósito, portanto, é alcançar prestação jurisdicional que mantenha incólume a etnia dos Pankariris (e tudo que a compõe), bem como proteger os indígenas em relação a outros danos decorrentes de ações e omissões contrárias ao ordenamento jurídico.

2 – DOS FATOS

O Inquérito Civil nº. 1.11.001.000030/2018-12 foi instaurado em decorrência de solicitação do Pajé da comunidade Pankariri, que requereu auxílio do MPF e da **FUNAI** à elaboração de projeto de demarcação de uma nova área para a tribo Pankariri.

Consoante relato do cacique da comunidade indígena Pankariri, José Raimundo, na reunião ocorrida em 8 de junho de 2021, verificou-se que (PRM-PRP-SE-00000926/2021 – pág. 528):

“...passou a narrar toda a luta pela qual os indígenas Pankariri vem passando a fim de conseguir obter sua terra. Esclareceu que eles habitavam a terra indígena Kariri-Xokó, em Porto Real do Colégio/AL, mas tiveram que sair porque não estavam podendo praticar os seus rituais naquela terra indígena. As 25 famílias Pankariris, num primeiro momento, foram para a fazenda do posseiro Mauro Barreto, em setembro de 2018, a qual estava abandonada. Em 31/8/2020, eles chamaram o proprietário para devolver o imóvel, porque alguns Kariris estavam arrendando a terra etc., e eles não concordavam. Raimundo comprou um terreno na beira do Rio São Francisco em Propriá, para onde parte das famílias Pankariris se mudaram, mas é uma área bem pequena, próximo ao Povoado Mussuípe, em Neópolis/SE. Em Propriá estão doze famílias, e as outras treze em Porto Real do Colégio. No terreno de Raimundo eles não têm água encanada nem energia elétrica, e também não tiveram nenhuma assistência da FUNAI nem da SESAI.

3. O cacique Raimundo explicou que houve reuniões com a FUNAI em Alagoas nos dias 9/3/2018,



16/7/2018 e 20/11/2019, nas quais os Pankariris foram orientados a buscar terras para serem indicadas em favor da comunidade indígena para criação de Reserva Indígena, sendo o primeiro imóvel por eles indicado em Ouro Branco/AL e o segundo em Igreja Nova/AL, na beira do Rio São Francisco, contudo não houve avanço.

4. Em 9/4/2018, Raimundo relatou ter se reunido como então presidente da FUNAI para tratar da aquisição de terra em favor dos Pankariris. Em 9/11/2019 houve outra reunião em Brasília com a FUNAI onde novamente os Pankariris falaram das necessidades deles quanto à aquisição de um imóvel. Em 2018, em setembro, eles tiveram uma reunião com a FUNAI e Ministério Público, e após a FUNAI mandou um documento no qual 23 famílias Pankariri se declaram Pankaruru estando dentro da terra Kariri-Xokó. Até o momento, no entanto, não houve a aquisição de nenhuma terra em favor dos Pankariris, que se encontram em situação precária.

5. Em 13/11/2018 duas técnicas da FUNAI visitaram a aldeia Kariri-Xokó, e em abril de 2019 uma antropóloga do MPF também visitou a comunidade. **Ambas atestaram a existência da etnia Pankariri, com seus ritos próprios.**

O LAUDO Nº 284/DPA/SPPEA/PGR, datado de 19 de julho de 2019, confirmou que há, de fato, uma etnia denominada Pankariri e que compartilhava, à época, a área da tribo Kariri-Xoco, em Porto Real do Colégio. Igualmente, foi ainda relatado que havia risco de conflito interétnico na terra indígena Kariri-Xoco decorrente da presença do povo Pankariri (pág. 317).

No aludido laudo consta a informação de que os rituais religiosos e as práticas culturais dos Pankariris são distintos daqueles realizados pelos Kariri-Xocó.

Em julho de 2021, o MPF oficiou à Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária, Pesca e Aquicultura de Alagoas, ao INCRA/AL (pág. 536) e ao Instituto de Terras e Reforma Agrária de Alagoas (pág. 540), requisitando que informassem a existência de terras públicas que pudessem ser doadas ou direcionadas ao usufruto da Comunidade Indígena Pankariri, na região próxima ao local de residência atual da comunidade (nas regiões de Igreja Nova, Porto Real do Colégio, São Brás e suas adjacências), contudo não houve resposta positiva de nenhum dos órgãos.

Por sua vez, em reunião realizada no dia 29 de março de 2022 (pág. 627), o cacique José Raimundo pontuou que:

“..há dois meses entrou em contato com Márcio Neri, novo Coordenador regional da FUNAI, que tem conhecimento do povo Pankariri por ser de Porto Real do Colégio/AL, e solicitou que ele olhasse a situação



dos Pankariris que estão morando numa região alagada na beira do Rio São Francisco, em Propriá/SE. Disse, ainda, que a FUNAI se comprometeu a ajudar as 25 famílias Pankariri, mas isso não vem sendo feito. Informou que até o momento a FUNAI e a SESAI não fizeram uma visita ao local que eles estão habitando. Quando precisam de atendimento médico, tem que ficar se deslocando para o posto de saúde mais próximos.

O CACIQUE JOSÉ RAIMUNDO informou que, em virtude da falta de terra e do alagamento na beira do Rio São Francisco, os Pankariris participavam dos rituais na aldeia indígena Pankaruru e que não pode ficar cultuando nas terras Kariri-Xocó. Disse que precisa de uma terra para que possam trabalhar, manter suas tradições e passar sua cultura e rituais para as próximas gerações.

O CACIQUE JOSÉ RAIMUNDO disse que os demais pankariris já queriam se apossar da terra que a FUNAI fez um estudo, mas que ele conseguiu convencê-los de aguardar uma solução com os órgãos responsáveis.

Diante das dificuldades que o povo Pankariri vem passando pela falta da terra, o CACIQUE JOSÉ RAIMUNDO fez duas solicitações: 1) a disponibilização de um veículo, pelo menos quinzenalmente, para transportar 5 (cinco) membros da comunidade para participar dos rituais que acontecem na aldeia Pankaruru, localizada em Pernambuco; 2) a aquisição/disponibilização de uma terra para manter o povo Pankariri unido na mesma localidade, e não espalhados como vem acontecendo atualmente.

Em março de 2022 o MPF expediu recomendação à FUNAI e à UNIÃO (Ministério da Justiça), esse último via PGR, com objetivo de adquirir terra para o povo indígena Pankariri, mas a recomendação até o momento não foi acatada (págs. 631 - 657).

No dia No 06/04/2022, esse signatário compareceu, na companhia do agente de segurança institucional Jefferson Emídio, ao local onde cerca de 12 famílias indígenas pankariri estão alojadas, em Propriá, tendo sido constatada a precariedade e falta de estrutura em que se encontram crianças, mulheres - inclusive gestantes -, idosa e homens. Imperioso mencionar que não há espaço para que eles possam plantar e colher, nem mesmo para praticar o ritual.

Com o fito de melhor documentar a situação de precariedade em que se encontram atualmente os indígenas pankariri, em Propriá, foi solicitada à SEPAD/PRSE a realização de diligência externa na modalidade Vistoria para que fosse realizado registros fotográficos e documental, a partir de entrevistas com os interessados e especialmente com o cacique, sobre a situação dos indígenas da referida etnia.



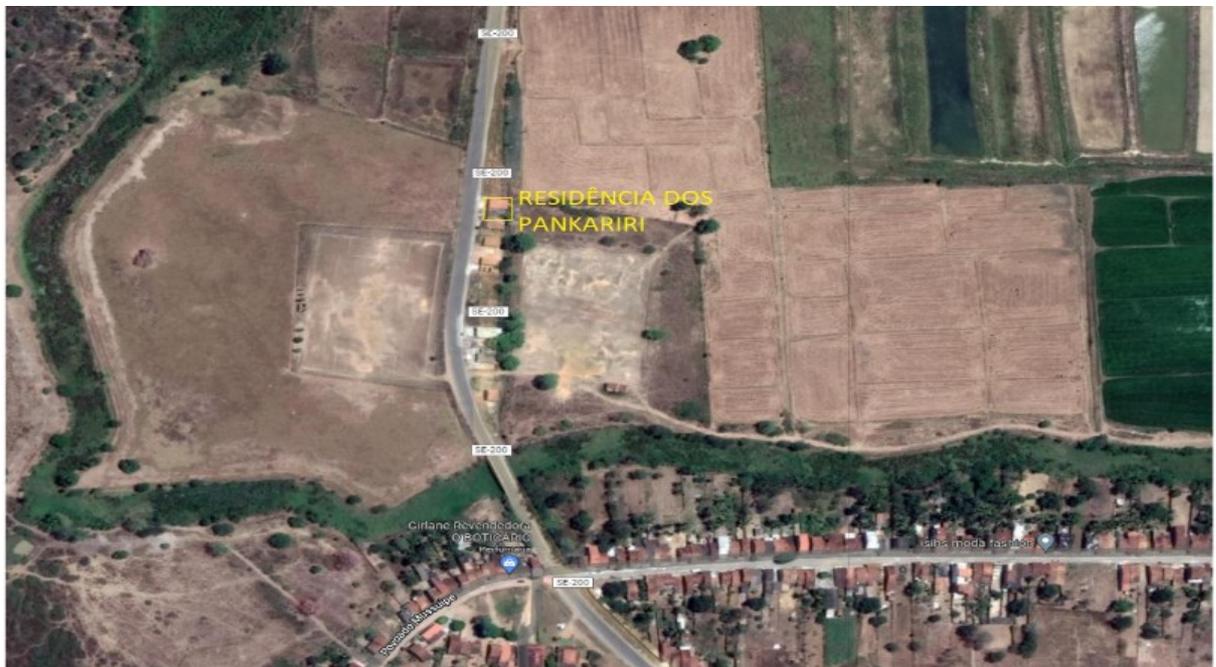
Com efeito, no Relatório Circunstanciado de Diligências Externas do MPF, datado de 3 de maio de 2022, consta que (págs. 700 – 723):

“Diligenciando ao local indicado, o Agente Everton de Oliveira Gois entrevistou o Cacique Sr. José Raimundo Santos de Andrade, ao qual foi perguntado (i) sobre a situação de alojamento dos indígenas Pankariri em Propriá, (ii) se há atendimento médico próximo da localidade onde eles estão alojados, a que distância aproximada fica a unidade de saúde mais próxima e como eles se deslocam até lá e (iii) se estão sendo atendidos pela SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena). O Cacique respondeu: (i) que a situação de alojamento dos indígenas Pankariri em Propriá está complicada; **que já tem 01 (um) ano que moram em Propriá; que a FUNAI tinha prometido assistência, mas que nem a FUNAI e nem a SESAI está prestando assistência;** que o povo Pankariri são 25 (vinte e cinco) famílias e como o local que estão alojados em Propriá não é adequado, que vieram para Propriá 12 (doze) famílias e as outras 13 (treze) ficaram em Porto Real do Colégio, pois não há espaço, território suficiente; **que essas 12 famílias permanecem em Sergipe sem nenhuma posição da justiça; que tanto na saúde quanto na alimentação não está havendo suporte; que para transportar um paciente para um atendimento no hospital de Propriá, como já aconteceu, tem que pagar entre R\$80,00 a R\$100,00; que solicita ao MPF que a FUNAI se responsabilize pelo transporte do povo Pankariri; que estão impedidos de cultuar seus rituais pois não têm terra, não têm espaço adequado e não podem dançar o Toré pois incomoda os vizinhos;** que antes estavam alojados na beira do rio em um galpão doado por meio do padre Isaias, só que, como se tratava de uma área de risco de enchente, trocaram por uma casa e um galpão onde estão alojados atualmente próximo ao povoado Santa Cruz no município de Propriá; que os Pankariri não querem ocupar a porta do governo pedindo cesta básica de comida, que o que eles querem é terra para trabalhar, praticar seus rituais e cultuar seus ancestrais; que as crianças indígenas estão perdendo o contanto com a cultura indígena e estão perdendo as suas origens. (ii) que o atendimento médico fica próximo de onde estão alojados, pois há um posto de saúde no município de Neópolis que fica a aproximadamente 400 metros para aonde se deslocam a pé, mas que eles deveriam ser atendidos no posto de saúde do povoado Santa Cruz no município de Propriá por estarem



vinculados a ele, entretanto como fica mais longe, buscam atendimento no posto de saúde mais próximo no município de Neópolis. (iii) que a SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena) não está prestando assistência aos Pankariri em Propriá e que algumas famílias Pankariri que ficaram com os karri-xocós em Porto Real do Colégio estão tendo alguma assistência da SESAI.”

Consta ainda do aludido Relatório Circunstanciado de Diligências Externas do MPF conjunto de imagens que bem servem a **demonstrar a situação de vulnerabilidade em que vivem os indígenas pankariri**, senão vejamos:







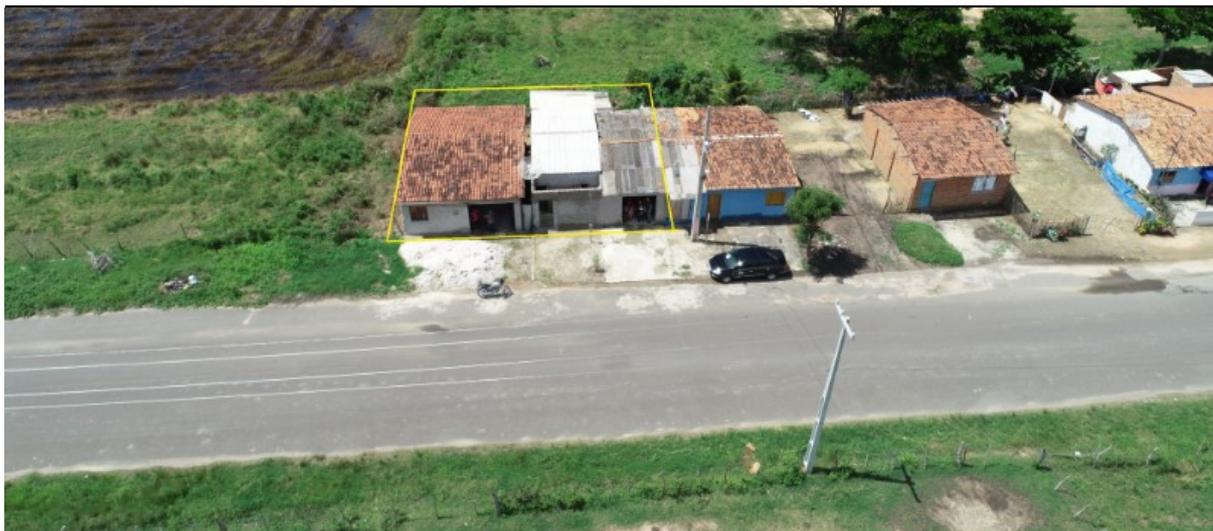












Nessa trilha, deve-se pontuar, por relevante, que ficando infrutíferas as tentativas de solução consensual, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário. Afinal, não obstante os inúmeros ofícios e as recomendações expedidas, o tempo segue passando sem o deslinde da questão. Dessa forma, a inércia administrativa, aliada à vulneração aos direitos fundamentais dos indígenas em questão, torna imperiosa a propositura da presente Ação Civil Pública, requerendo medidas necessárias para assentar os indígenas do grupo Pankariri, em outra área rural, adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural.

3 – DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente demanda é extraída do art. 109, I, da Constituição Federal, uma vez que a ação está sendo proposta contra a **UNIÃO** e a **FUNAI**, o que, por si só, já é suficiente para caracterizar a competência federal.

Pela natureza do feito, percebe-se a inegável competência da Justiça Federal para processá-lo e julgá-lo. Primeiro, pela presença do Ministério Público Federal no polo ativo da demanda e, como dito, da União no polo passivo; segundo, por ser a FUNAI, autarquia federal, ré e responsável pela execução da política de proteção ao indígena no Brasil (Lei 5.371/67).



Como se nota esses fatos são suficientes para atrair a referida competência, no toar do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Assim, com a harmonização das normas mencionadas, é indubitável que cabe ao Ministério Público Federal propor a presente ação civil pública e compete à Justiça Federal processá-la e julgá-la.

4 - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Antes de adentrar no mérito da causa, é mister confirmar a legitimidade do Ministério Público Federal para figurar no polo ativo da demanda em estampa.

A Constituição Federal incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, alçando-lhe à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127). Estabelecida esta premissa, dispõe em seguida:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Assim, do comando constitucional antes transcrito, percebe-se que o constituinte originário incumbiu especificamente ao Ministério Público a relevante tarefa de defender os direitos e interesses dos indígenas, missão essa que será exercida judicialmente através de ação civil pública.

Infra-constitucionalmente, diversas normas asseguram a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses das populações indígenas.

A Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, assim dispõe:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade



por danos morais e patrimoniais causados:

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

(...)

Art.5º - Têm legitimidade pra propor a ação principal e a ação cautelar:

I – O Ministério Público;

De outro lado, a Lei Complementar nº 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União – preceitua:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

(...)

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

Art. 6º- Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - Promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às **comunidades indígenas**, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

(...)

XI - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis;

Na casuística em tela, inexistente dúvida de que a presente ação civil pública tem por escopo fundamental garantir a indígenas que estão sofrendo discriminação a possibilidade de reunir-se em território comum, onde terão mais espaço para cultivar a terra, poderão ser melhor assistidos pelo Poder Público e conservar suas tradições e modo de viver.



Do exposto, resta evidenciada a legitimidade ativa deste Órgão Ministerial para a presente demanda, que possui como finalidade precisamente a proteção de interesses de população indígena, a saber, a aquisição de território, através da ação civil pública de que ora se lança mão.

5 – DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL E DA FUNAI

Pela presente demanda busca-se assegurar aos indígenas Pankariri a concessão de área em que possam ser alojados, garantindo-se a manutenção da etnia, de sua cultura e de seu modo de viver.

As comunidades indígenas gozam de ampla proteção constitucional prevista a partir do art. 231, in verbis:

Art. 231. São reconhecidos aos indígenas 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.**

O dispositivo constitucional citado é claro ao fixar a responsabilidade da União para proteger e fazer respeitar todos os bens das comunidades indígenas. Essa proteção é ou deveria ser precipuamente realizada pela **FUNAI**, autarquia federal criada para essa finalidade específica.

A existência da **FUNAI**, contudo, não afasta a responsabilidade da União por essa proteção. Nesse sentido é o ensinamento abaixo:

“Através do art. 231 CF, é atribuída à União a obrigação de proteger e fazer respeitar todos os bens dos indígenas. Essa norma não teve precedentes na história constitucional brasileira.

O conceito de bens a serem respeitados do caput do art. 231 CF abrange não apenas os bens materiais, econômicos, mensuráveis, como também os bens imateriais. Paralelamente aos direitos à terra analisados a organização social das comunidades, dos usos, das línguas, crenças e tradições, existe, portanto, especialmente para a vida, a saúde, a integridade física, a liberdade e a honra, uma obrigação especial de proteção da União perante os indígenas.

Com respeito ao tipo e à abrangência da obrigação de proteção, vale o exposto sobre a proteção da terra como obrigação da União. A proteção é exclusivamente atribuída à União. Em razão da permanente ameaça aos bens indígenas e da dependência dos indígenas de auxílio governamental, trata-se, no caput, do art. 231, de uma obrigação a uma



proteção ampla e efetiva dos bens indígenas”¹.

É, portanto, da **FUNAI** e da **UNIÃO** a competência para demarcar as terras indígenas, bem assim para adotar outros procedimentos necessários à preservação da cultura e dos demais bens indígenas. A própria Advocacia-Geral da União comunga desse entendimento (Despacho do Consultor-Geral da União, - n.º. 90/2006 – f. 156/157 anexo ao relatório técnico n.º. 65/2011 – f. 145-290):

7. Uma vez reconhecido o direito dos indígenas e a responsabilidade da União, cabe ao chefe do Poder Executivo declarar o interesse social do imóvel para desapropriação e ordenar as providências correspondentes dentre as quais atribuir à própria FUNAI, ou ao INCRA por convênio com aquela, as medidas judiciais correspondentes;

8. Por oportuno, penso conveniente assinalar ainda que essa modalidade de providência administrativa pode ser imediatamente adotada pelas autoridades competentes, não só na hipótese versada nos autos mas também em outras em que se verifique idêntica necessidade da aquisição de terras para a ocupação indígena. Assim, quando não se podem mais assentar os indígenas em seus territórios tradicionais, ou quando venham a se autorreconhecer posteriormente como comunidades indígenas, ou tenham sido expulsos de seus territórios ocupados tradicionalmente por qualquer motivo irreversivelmente e voltem a reunir-se em comunidade, ou ainda quando tenham sido removidos por razão de estado, de saúde ou de soberania (aqui com o referendo do Congresso Nacional), **tem a União a obrigação constitucional nos limites e com os fundamentos do dito art. 231 da CF de promover-lhes a disponibilização de terras públicas ou a aquisição de terras particulares par a finalidade em questão.**

No caso em tela, a presença da **UNIÃO** no polo passivo da demanda justifica-se pela circunstância de que é necessária a disponibilização ou aquisição de terras para que os Pankariris possam ser assentados em uma nova terra indígena, livrando-se da discriminação alegada, e tendo a possibilidade de se reproduzirem física e culturalmente. A aquisição de terras, caso seja essa a medida mais recomendável, neste feito, deverá ser realizada com orçamento federal, bem assim integrará o patrimônio da União. É esse o entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante ementa abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO
ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL
CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA.

¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Serfio Antonio Fabris Ed., 2010, p.p. 266-267.



RESPONSABILIDADE CIVIL. UNIÃO E FUNAI. LEGITIMIDADE PASSIVA. INVASÃO DE INDÍGENAS. PREJUÍZOS AO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL RURAL COMPROVADOS. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. A União Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois, a Constituição da República, além de reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, determina ser de sua competência demarcá-las, além de proteger e fazer respeitar todos os bens dos silvícolas (art. 231), tendo ainda estipulado, no artigo 67, do ADCT, prazo de cinco anos, contados de sua promulgação, para que restassem concluídos os trabalhos de demarcação das terras indígenas, prazo esse que há muito tempo se esgotou. 2. Ademais, no caso dos autos, o objetivo dos indígenas, com a invasão de quatorze propriedades, era o de protestar, com a finalidade de acelerar o processo de regularização fundiária na região, que consideram ser integrada de terras tradicionalmente ocupadas pelos seus antepassados. 3. A FUNAI é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de indenização, por danos decorrentes da invasão da propriedade do autor pelos indígenas referidos, conquanto responsável pelo exercício da tutela dos indígenas e das comunidades indígenas ainda não integradas à comunidade nacional. (Omissis) (APELREE 200460050012506, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:04/08/2009 PÁGINA: 108.)

Quanto à **FUNAI**, a pertinência subjetiva para figurar no pólo passivo da ação decorre da obrigação do órgão em executar os procedimentos administrativos necessários à identificação de um território ligado aos anseios da comunidade e adequado a suprimir as necessidades desta. É nesse sentido que o 19 do Estatuto do indígena preceitua que “as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao indígena, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo”.

Na hipótese, portanto, a legitimidade passiva da **UNIÃO** e da **FUNAI** na ação decorrem ainda da circunstância de serem as pessoas indicadas para suportarem os efeitos oriundos da sentença, com o julgamento procedente do pedido, o que se espera.

A **UNIÃO**, portanto, deve ser condenada na obrigação de fazer consistente em dotar a **FUNAI** dos recursos financeiros necessários a custear todas as despesas decorrentes do processo de reassentamento dos indígenas Pankariris, inclusive com a contratação de pessoal terceirizado, caso necessário, e indenização de ocupantes não indígenas, se for o caso.



6 – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Passa-se agora a adentrar ao mérito do pedido, notadamente no que se refere a necessidade de imposição, pela via judicial, de obrigação de fazer, consistente na adoção de todas as medidas necessárias para assentar os indígenas do grupo Pankariri, em outra área rural, adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural, bem como à necessidade de atendimento imediato às situações emergenciais desses indígenas.

Quanto a isso, há de se ponderar, conforme será demonstrado adiante, que a proteção às terras indígenas é verdadeiro direito fundamental que merece tutela diferenciada, uma vez que não pode ser entendido como mero direito de propriedade.

A especial proteção das terras indígenas garantida constitucionalmente se justifica ante a importância da terra para os povos tradicionais de um modo geral. Tal direito encontra previsão inclusive em normas internacionais que visam à proteção desses povos, em especial a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

6.1 – DO DIREITO INDÍGENA A AUTOIDENTIFICAÇÃO E A ESPECIAL PROTEÇÃO

A Constituição da República de 1988 reconheceu importantes direitos aos povos indígenas, conforme ora se transcreve:

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

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

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

Para disciplinar e conferir plena efetividade às regras constitucionais de proteção às populações indígenas, foi aprovada a Lei 6.001/73 que instituiu o Estatuto do indígena.

Inicialmente cumpre destacar os conceitos de indígena, de comunidade indígena, para fins de definir quem encontra-se amparado pela especial proteção prevista constitucionalmente. O Estatuto do indígena, em seu art. 3º, define:



Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - **indígena ou Silvícola** - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - **comunidade Indígena** ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

No que tange ao conceito de indígena, observa-se que existem dois requisitos para que um indivíduo seja assim definido. O primeiro requisito, de ordem objetiva, refere-se à descendência pré-colombiana. Ou seja, os antepassados do indivíduo devem ter existido antes da “descoberta” da América pelos europeus. O segundo requisito, de ordem subjetiva, diz respeito à forma como esse indivíduo se identifica e é identificado pela sua comunidade.

Nesse sentido ensina Hartmut-Emanuel Kayser:

“Para a classificação como indígena no sentido do artigo 3 EdI, é objetivamente necessária, portanto, em primeiro lugar, a existência de uma ascendência pré-colombiana da pessoa em questão. Isso significa uma ascendência de antepassados que tenham vivido no Brasil, já antes da “descoberta” européia. A segunda característica objetiva é a existência de um grupo étnico, que se diferencie da sociedade nacional, ou seja, da sociedade brasileira por suas características culturais. A estas duas características objetivas devem ser acrescentadas duas características subjetivas de classificação pelo próprio indivíduo e por outros, como pertencente a este grupo étnico especial².

Essa definição de indígenas também é encontrada na Convenção 169 da Organização do Trabalho, tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento pátrio com status suprelegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

1. A presente convenção aplica-se:

a) (omissis);

b) aos povos em países independentes,

2 KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Serfio Antonio Fabris Ed., 2010, p.p. 36/37.



considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Já no que diz respeito à comunidade Indígena, a definição apresentada pelo Estatuto do indígena revela que não é preciso que o conjunto de famílias indígenas estejam vivendo de forma isolada. É suficiente, portanto, que tais famílias possuam ascendência pré-colombiana e se reconheçam como indígenas para que formem uma comunidade.

Outro conceito que se revela importante para a caracterização dos direitos discutidos na presente demanda é o de população indígena. Isso porque embora tal conceito não encontre explícita previsão legal, é a expressão utilizada pela Lei Maior nos arts. 129 e 231. Ainda segundo Hartmut-Emanuel Kayser:

“O conceito de populações indígenas não recebeu, até agora, uma definição legal no sistema jurídico brasileiro. Do contexto sistemático das normas dos artigos 129 CF e 231 CF, deduz-se, no entanto, que o conceito de “populações” não abrange apenas uma multiplicidade de indígenas, isto é, grandes associações, mas também pequenas unidades, e até mesmo, indígenas isolados, não sendo relevantes determinadas formas de organização ou determinadas dimensões demográficas. Por isso, o conceito de “população indígenas” pode ser definido como um “indígena isolado ou uma quantidade maior de indígenas”.³

Toda essa questão converge para a imperatividade de possuir um território às necessidades das etnias indígenas, como se passa a demonstrar.

6.2 – DO DIREITO AO TERRITÓRIO

Acerca, especificamente, da questão da proteção territorial, tanto a Constituição como o Estatuto do indígena previram regras próprias. O § 1º do art. 231, CF/88 e o Título III do referido diploma legal trazem regras sobre a proteção, a demarcação e o uso de terras indígenas.

A especial proteção das terras indígenas garantida constitucionalmente se justifica

3 Op cit. p. 38



ante a importância da terra para os povos tradicionais de um modo geral. Tal direito encontra previsão inclusive em normas internacionais que visam à proteção desses povos, em especial a **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**, que dispõe:

ARTIGO 13

1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.

ARTIGO 14

1. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. 29 Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

2. Os governos tomarão as medidas necessárias para identificar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse.

3. Procedimentos adequados deverão ser estabelecidos no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar controvérsias decorrentes de reivindicações por terras apresentadas pelos povos interessados.

A proteção às terras indígenas é verdadeiro direito fundamental que merece proteção diferenciada, uma vez que não pode ser entendido como mero direito de propriedade.

“O interesse de analisar as terras indígenas neste parecer sobre o direito agrário é que o seu conceito é paradigmático para outras situações de povos, gentes, grupos ou comunidades que pouco tem a ver com um direito voltado ao mercado. Já vimos que a própria reforma agrária voltada para o mercado é inócua, porque apenas reproduz a injustiça do uso da terra. A terra, para o mercado, é um bem de produção, não um fundamento da vida, como o é para os indígenas e



outras comunidades. Pois bem, dentro do sistema jurídico brasileiro, a terra indígena deve ser usada segundo os usos, os costumes e as tradições do povo que a habita, devendo servir ao seu desenvolvimento enquanto ações coletiva: por isso, a Constituição considera terra indígena aquela:

Por eles habitada em caráter permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições.

Essa definição, paradigmaticamente, cabe para qualquer grupo humano, pois aquela que não tiver um lugar para morar, produzir para seu bem estar e garantir a reprodução de sua cultura em um ambiente sadio, não pode realizar a essência de seus direitos humanos”⁴.

Na mesma linha de entendimento:

“A constituição de 1988 reconfigura, em larga medida, a noção de indivíduo, ao recuperar, para o direito, os espaços de pertencimento. É constitutivo do ser humano viver em horizontes qualificados, dentro dos quais ele se torna capaz de tomar posições, de se orientar acerca do que é bom ou ruim, do que vale ou não a pena fazer. A identidade do indivíduo é definida pelos compromissos e identificações que estabelece no seio dessa comunidade, porque ali são vividas as relações definitórias mais importantes (Taylor, 1997).

Os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. A noção de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis.

Resulta inequívoca a diferença substancial entre a propriedade privada – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígena – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam”⁵.

O sentido de território indígena, portanto, é essencial ao desenvolvimento de qualquer comunidade, bem como à manutenção de seus costumes e tradições. Ou seja, imprescindível para a própria sobrevivência dos povos tradicionais. A ausência dessa proteção

4 MARES, Carlos e MARÉS, Theo. *Direito Agrário e Igualdade Étnico-Racial*. In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. Coord. Flávia Piovesan, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR, 2006, p.p. 172/173.

5 DUPRAT, Deborah. *Terras indígenas e o judiciário*. In http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf



acarreta prejuízos irreparáveis das mais diversas ordens que conjuntamente podem implicar na extinção da etnia. Veja-se o ensinamento de Ana Valéria Araujo:

“O direito a terra está, sem sombra de dúvidas, na essência dos direitos indígenas. Da sua garantia dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução cultural desses povos, Por isso mesmo é que é em torno da aplicação desse direito que ocorrem os maiores conflitos e onde se opera toda uma usina de fabricação de preconceitos que procuram deslegitimá-lo”.⁶

Apesar de os ordenamentos jurídicos internacional e pátrio serem ricos em regras sobre a proteção dos territórios tradicionalmente ocupados pelas populações indígenas, tal diversidade normativa não se vislumbra quanto às regras que versam sobre a aquisição de terras para aquelas populações que por diversos fatores porventura estejam desaldeadas, ou cuja convivência nas aldeias originárias seja de alguma forma impossível.

A possibilidade de destinação de terras à ocupação e posse pelos indígenas, encontra tímida previsão no caput e parágrafo único do art. 26 da Lei 6.001/73, *in verbis*:

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

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

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena;
- d) território federal indígena;

Tais áreas, que podem ser de propriedade da União, ou por ela adquirida, não se confundem com aquelas cuja posse os indígenas exercem de forma imemorial. Ou seja, são destinadas especificadamente para as comunidades indígenas que de alguma forma foram privadas das terras que tradicionalmente ocupavam.

“(…) Outra forma de terra indígena é a terra que tenha sido colocada à disposição dos indígenas pelo Estado, em uma parte qualquer do território federal brasileiro, com direito ao uso e ao usufruto legal de todas as riquezas naturais (área reservada), artigos 26 e

6 ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e Igualdade Étnico-Racial*. In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. Coord. Flávia Piovesan, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR, 2006, p.p. 225.



seguintes EdI. Essas áreas reservadas normalmente tem a finalidade de resolver problemas que resultem da perda da terra tradicionalmente ocupada”.⁷

A aquisição de terras para os indígenas que sofrem discriminação impedirá a desagregação desses indígenas em busca de melhores condições de vida e é medida que se impõe ao governo federal, que através da **FUNAI** tem obrigação proteger as comunidades indígenas.

“O governo Federal, a quem compete a gestão da política indígena no Brasil, não consegue traçar programas de assistência aos indígenas nessa situação, visto que todo o desenho de suas atividades está voltado ao atendimento dos indígenas que vivem em aldeias, mormente os que habitam as regiões mais afastadas dos grandes centros. Além disso, os indígenas vivendo em cidades encontram-se em uma espécie de limbo jurídico, tendo dificuldades para fazer valer qualquer direito na medida em que também a legislação está construída para proteger os indígenas que vivem em seus territórios tradicionais ou afastados do convívio com o chamado mundo dos brancos”⁸.

Também a **FUNAI** vem reiteradamente adotando a prática de adquirir terras e destiná-las a indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade por não se encontrarem agrupados ou por vivenciarem conflitos interétnicos. Em um desses procedimentos para aquisição de terras para indígenas, a União, por meio da AGU adotou o seguinte entendimento (fls. 156/165 - Despacho do Consultor-Geral da União, - nº. 90/2006):

“1.Estou de acordo com as proposições expostas no Parecer AGU/MS 01/2006 pelo qual se sustenta a viabilidade técnico jurídica de obtenção de imóveis para ocupação indígena, além daquelas que há lhes garante o art. 231, e §§ da Constituição.

2. Com efeito, ademais das áreas de ocupação tradicional pelos indígenas (art. 231, e § 1º da CF, isto é, ocupação de modo tradicional, e histórica na forma do art. 25 da Lei nº. 6.001, de 19.12.1973 “... atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação...”), a Constituição de 88 garante aos indígenas, a contrário sensu, terras suficientes para a ampliação do exercício de sua organização social, costumes, crenças e tradições, assim como as necessárias para o incremento de suas atividades produtivas e as imprescindíveis à preservação do seu bem estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, onde possam usufruir as riquezas do solo, dos rios e

7 KAYSER, Hartmut-Emanuel. op. Cit. p.p. 42/43.

8 ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e Igualdade Étnico-Racial*. In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial. Coord. Flávia Piovesan, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPIR, 2006, p.p. 242.



lagos nele existentes. É que a Constituição quando garante aos indígenas a ocupação histórica ou tradicional, em cujo espaço desenvolvem-se física e culturalmente, também garante, de modo lógico e necessário, a expansão territorial correspondente. Em outros termos, é corolário lógico constitucional da proteção a ocupação territorial e cultural a expansão e desenvolvimento cultural e territorial, para o que é essencial a disponibilização de mais território para esse fim.

3. Não é por outra razão que a Lei nº. 6.001/73, recebida pela Constituição, nesse aspecto, prevê a existência de terras indígenas reservadas (art. 26 e seguintes) e as de domínio dos indígenas ou comunidades como objeto de sua propriedade por aquisição (art. 32) ou usucapião (art. 33), ambas destinadas ao crescimento das comunidades tal como também prevê o abandono delas em favor da União (art. 21).

4. No caso de terras reservadas (art. 26), a União, quando verificadas as peculiaridades do art. 231, caput, CF, poderá estabelecer áreas destinadas à posse e ocupação indígena onde possam viver nas condições garantidas por ela e pela lei.

5. Ora, tal situação é análoga à do caso em exame e uma vez demonstrado o pressuposto constitucional referido, cabe à União as providências suficientes para prover os indígenas e/ou suas comunidades de espaço territorial para tanto necessário.

6. Como corretamente indica o Parecer referido, nessa linha de compreensão cabe então à União, por provocação da FUNAI (a quem compete definir os recursos financeiros, identificar as condições constitucionais e as necessidades territoriais com a respectiva localização e dimensão devidamente justificadas), promover a aquisição das terras imprescindíveis por compra ou desapropriação por interesse social (art. 2º, III da Lei 4.132, 10.09.1962), visando fixar comunidades e aldeamentos indígenas.

7. Uma vez reconhecido o direito dos indígenas e a responsabilidade da União, cabe ao chefe do Poder Executivo declarar o interesse social do imóvel para desapropriação e ordenar as providências correspondentes dentre as quais atribuir à própria FUNAI, ou ao INCRA por convênio com aquela, as medidas judiciais correspondentes;

8. Por oportuno, penso conveniente assinalar ainda que essa modalidade de providência administrativa pode ser imediatamente adotada pelas autoridades competentes, não só na hipótese versada nos autos mas também em outras em que se verifique idêntica necessidade da aquisição de terras para a ocupação indígena. Assim, quando não se podem mais



assentar os indígenas em seus territórios tradicionais, ou quando venham a se autorreconhecer ulteriormente como comunidades indígenas, ou tenham sido expulsos de seus territórios ocupados tradicionalmente por qualquer motivo irreversivelmente e voltem a reunir-se em comunidade, ou ainda quando tenham sido removidos por razão de estado, de saúde ou de soberania (aqui com o referendo do Congresso Nacional), tem a União a obrigação constitucional nos limites e com os fundamentos do dito art. 231 da CF de promover-lhes a disponibilização de terras públicas ou a aquisição de terras particulares par a finalidade em questão.

Para esse tipo de aquisição deve restar comprovada a existência de um conflito inconciliável no âmbito da comunidade indígena, ou a impossibilidade de retorno às terras tradicionalmente ocupadas, a inexistência de terras da União, Estado ou do Município aptas a receberem essa comunidade. **No caso em tela, os indígenas Pankariris estão em conflito com os Kariri-Xocos, motivo esse que fez com que os Pankariris saíssem de Porto Real do Colégio/AL para poder praticar os seus rituais em outro lugar mais seguro e manter suas tradições.**

As provas colhidas ao longo da tramitação do IC 1.11.001.000030/2018-12 comprovam a **existência de conflito insolúvel** entre os integrantes da tribo Kariri-Xocó e os indígenas Pankariri. Esse conflito tem tornado insustentável a convivência pacífica. Relatam os indígenas:

Como se vê, segundo o **LAUDO Nº 284/DPA/SPPEA/PGR (pág. 317)**., datado de 19 de julho de 2019, foi possível averiguar que existem conflitos na terra indígena, mas provavelmente não são recentes e a formação da etnia Pankariri é também parte desse conflito. Os entrevistados falaram recorrentemente sobre a disputa dos Pankariris por recursos dentro da terra indígena, que seriam preteridos em relação aos Kariris-Xocós. Os entrevistados afirmaram que os Pankariris, desde que chegaram à terra indígena, se sentem discriminados por não serem donos da terra, estarem em terra de outras etnias.

Sendo a proteção aos indígenas a finalidade precípua da **FUNAI**, a ela compete, tentar, por meio de todas as ações possíveis resolver a situação dos indígenas Pankariri.

Não se pode olvidar, portanto, que a proteção às terras indígenas, e, na casuística sob exame, a destinação de terras para os indígenas discriminados, se confunde com a proteção à própria vida desses indígenas. Isso porque, a destinação de terras para esses indígenas proporcionará uma melhor distribuição de terra e uma vida digna, já que muitas famílias não possuem sequer um pedaço de terra para plantar.

A necessidade de aquisição de terras para abrigar os Pankariris, portanto, é explícita e imperiosa, eis que, como se viu a discriminação desses indígenas houve clima de tensão entre os indígenas que viviam na comunidade Kariri-Xocó, o que pode a qualquer momento acarretar um conflito violento, já que os indígenas Pankariris não se sentiam confortáveis na terra dos Kariri-Xocós.

Fica evidenciado que a **FUNAI** não observou o comando contido no art. 231 da Constituição Federal de 1988, mesmo tendo amplo conhecimento de que sua omissão vem



causando sérios prejuízos aos indígenas Pankariris.

Diante de todo o exposto, não há como se negar que a aquisição de terras destinadas aos indígenas Pankariris é medida que imprescindível para que o comando constitucional de proteção às populações indígenas seja integralmente cumprido.

6.3 – DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA CULTURA INDÍGENA

Além da proteção territorial, a CF/88 prevê uma especial proteção à cultura e aos costumes indígenas. A proteção da cultura indígena se insere ainda na proteção constitucionalmente conferida ao patrimônio cultural. Essa proteção genérica encontra previsão nos arts. 215 e 216 da Lei Maior:

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

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

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

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V **valorização da diversidade étnica e regional.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

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

I - **as formas de expressão;**

II - **os modos de criar, fazer e viver;**

III - **as criações científicas, artísticas e tecnológicas;**



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

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(*omissis*)

Sobre os componentes do patrimônio cultural ensina o ilustre colega Wilson Rocha Assis⁹:

“os modos de vida, produção e reprodução, as percepções de mundo, os saberes tradicionais de todos e de cada um, dos grupos formadores da sociedade brasileira – elementos definidores de suas identidades culturais – é que compõem o patrimônio cultural nacional. Por certo, é este o viés para a adequada compreensão do patrimônio cultural. Como dito, ao expor bens que compõem o patrimônio cultural, a Constituição faz expressa referência à questão das identidades ao tratar dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

E acrescenta:

“Esse caráter transcendente do patrimônio cultural é um dado relevante. Por isso se disse que o patrimônio cultural é o aspecto mais substancial e significativo da cultura geral, uma vez que só ingressam nessa categoria as manifestações humanas cuja expressão seja capaz de construir um significado que transcende o tempo e o espaço nos quais se dá a sua enunciação. Trata-se, pois, de manifestações culturais que constroem um caminho coletivo de identificação e diálogo, tornando-se significativas para a sociedade na qual ela surge”.

Dos excertos supratranscritos verifica-se a importância da preservação da cultura indígena como patrimônio cultural, uma vez que constitui verdadeiro elemento formador da sociedade brasileira.

Dentre os elementos formadores da sociedade brasileira, possui relevante posição a cultura indígena, razão pela qual esta se encontra abrangida pelo conceito de patrimônio cultural nacional, e, ainda mais por isso, merece proteção diferenciada, garantida constitucionalmente. Assim, cabe ao Estado assegurar a preservação do referido patrimônio, adotando todas as medidas cabíveis e necessárias à sua efetiva manutenção, sob pena de empobrecimento cultural da nação.

⁹ ASSIS, Wilson Rocha, *O Patrimônio Cultural e a Tutela jurídica das Identidades*, in *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*, Coord. Cláudia Márcia Freire Lage, Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 72/73.



No caso do patrimônio cultura indígena, tal garantia possui intrínseca relação com o território em que os indígenas vivem. É no âmbito das aldeias, das comunidades indígenas, que se manifestam as crenças e os costumes, que se realizam os cultos religiosos, bem assim se perpetuam o modo de viver indígena.

Ferir o direito ao território é, por via reflexa, atingir o direito indígena, constitucionalmente garantido, de os indígenas expressarem sua religiosidade, sua cultura e os seus costumes. É ferir, também, o mandamento contido na Lei Maior de preservação do patrimônio cultural nacional. É essa a lição de Hartmut Emanuel:

“Por um lado, a terra não tem apenas significado especial para a sobrevivência física, mas também para a sobrevivência cultural dos indígenas. Elas têm relevância não somente para a garantia de existência no quadro da questão indígena. Ao contrário, existe uma ligação tão estreita com a história cultural das etnias, sua mitologia, as ligações familiares e o conjunto dos sistemas sociais, políticos e econômicos das populações indígenas, que a questão da terra recebe significado essencial para a garantia de sobrevivência dos indígenas como grupos populacionais etnicamente diferentes”.

As manifestações culturais, consuetudinárias e religiosas das populações indígenas necessitam de um ambiente propício para se desenvolverem. Demais disso, **os rituais e costumes indígenas são marcadamente de cunho coletivo, ou seja, a preservação da cultura se torna bastante difícil em circunstâncias de desaldeamento e de desagregação, como se encontram os indígenas Pankariris,**

“os rituais indígena constituem momentos importantes que marcam a socialização de um indivíduo ou a passagem de um grupo de uma situação para outra. Eles marcam momentos constitutivos da identidade dos indivíduos nas diferentes fases de sua vida, incluindo a passagem para o mundo dos mortos. Manifestam as relações entre o mundo social e o mundo cósmico, entre o universo natural e o sobrenatural. A maioria destes rituais são planejados e preparados com antecedência, envolvendo grande quantidade de alimentos, confecção de artefatos e convites a parentes e aliados (A temática indígena na escola – Festas e rituais indígenas – p. 336¹⁰).

É nesse contexto que a existência de um território em que os indígenas possam se reagrupar se mostra absolutamente imprescindível para a preservação cultural indígena. Como bem pontuou o saudoso Ministro do STF Menezes Direito em voto-vista no célebre caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR):

10 SILVA, Aracy Lopes da et GRUPIONI, Luís Donisete Bensi, *A temática indígena na escola – Festas e rituais indígenas*. MEC/MARI/UNESCO, 1995 – p. 336



(...) Preservar as sociedades indígenas é também uma forma de reconstituí-las, de manter a integridade da sua cultura, reforçando a necessária perspectiva de respeito entre todos os que são parte da nacionalidade brasileira. Anoto, desde logo, que, por isso, a proteção constitucional aos indígenas não é segregacionista. **Não há indígena sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.** (...). O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os indígenas se relacionam com a terra. É um novo ângulo em relação ao que previam as Constituições anteriores que, se de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, de outro pode significar a exigência de que a ocupação pelos indígenas se dê em conformidade com a cultura e o *modus vivendi* que se deseja preservar.

A prova produzida ao longo do inquérito civil demonstra que os Pankariris possuem forte preocupação com a manutenção e preservação de sua cultura e costumes, sendo dever do Estado brasileiro viabilizar o direito cultural dos indígenas aos seus rituais, religiosidade, costumes e modo de viver.

6.4 – DO DIREITO À MORADIA DIGNA COMO DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO

Não há dúvida de que a moradia digna é um direito fundamental, mormente em razão de sua expressa previsão no art. 6º da Carta Republicana, ao definir como direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ressalte-se que este direito, malgrado primitivamente não inscrito na Carta Magna como direito social, já detinha o status de fundamental, seja porque é elemento integrante de composição do salário mínimo do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), o qual, é de comum sabença, presta-se para atender as necessidades básicas da pessoa; seja por estar englobado na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a qual sinaliza a promoção de programas de construção de moradias e melhoramento das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX, da CF).

Agora, por força da emenda constitucional (EC) nº. 26/2000, o Poder Reformador viu por bem, em razão da importância do acesso à habitação, fazer inseri-lo expressamente no núcleo do art. 6º, da Lei Maior.

Segundo Norberto Bobbio, a melhor forma de obter o fundamento de valores é por intermédio da observação, em dado período histórico, da sua aceitação.

In casu, no plano internacional, tem-se que o art. 25 da Declaração Universal dos



Direitos Humanos, de 1945, assegura um padrão de vida adequado a todo homem, e inclui neste conceito a necessidade de habitação. Por seu lado, a Declaração de Vancouver, de 1976 encampa garantia semelhante, no que diz respeito ao reconhecimento do direito em apreço.

Há, ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual prevê, em seu art. 11 a necessidade da moradia adequada.

Não podem ser esquecidas, também, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os direitos das Crianças (1989) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). Todas estas cartas supranacionais tratam do direito à moradia, reputando-o como imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Tais documentos internacionais tornam **inconteste o consenso quanto à importância da habitação, no momento histórico ora vivenciado**. Afinal, é manifesta a sua fundamentalidade substancial, eis que alçado ao patamar de direito humano universal.

E, cabe ressaltar, em todas essas declarações e pactos internacionais a República Federativa do Brasil foi parte, pelo que reconheceu o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado, incluindo-se aí a moradia. Sendo assim, tal direito foi recepcionado por nossa Constituição, por força do § 2º do seu art. 5º, que dispõe não ser o rol de direitos e garantias previstos em seu corpo como taxativo, mas sim exemplificativo, haja vista a possibilidade de ingresso de novos por meio de participação do Estado em pactos supranacionais.

A habitação, assim, não obstante considerada um direito social, é imprescindível à salvaguarda de direitos relacionados à própria liberdade e dignidade do ser humano, integrando o que a doutrina denomina de mínimo existencial.

Nada obstante, ainda na linha do raciocínio de Norberto Bobbio, urge sublinhar que o problema dos direitos humanos, hoje, não é tanto o de fundamentá-los, mas sim o de efetivá-los. E é neste ponto que residem as dificuldades.

As conclusões do Radar Social 2006, empreendido pelo IPEA, são bastantes para comprovar a precariedade das condições habitacionais brasileiras. Segundo este estudo, há 14,8 milhões de lares brasileiros com adensamento excessivo, 7,2 milhões com irregularidade fundiária, 5,3 milhões de pessoas que sofrem de ônus excessivo com o pagamento de aluguel e 43,4 milhões de brasileiros sem acesso a saneamento básico adequado.

Neste plano, a única alternativa é considerar o direito em voga como subjetivo público, passível de exigibilidade oponível ao Estado.

Todavia, se é certa a natureza jurídica do direito à moradia enquanto direito subjetivo público, certo é também que a realidade fática não é alterada somente pela caneta do constituinte. Na preleção de Gustavo Rabay Guerra, o direito à moradia não dispõe de aplicabilidade fática, sendo necessária a intermediação de projetos públicos adequados.

O direito à moradia, ainda que expresso, carece de força normativa plena, a par de conferir-lhe aplicabilidade fática. Em termos empíricos, essa deverá ser buscada por meio de medidas e programas habitacionais resultantes de políticas sociais adequadas, ou ainda, por meio da função diretiva exercida pelo Judiciário, respaldada pelo princípio maior que representa a predita consignação fundamental, o primado da dignidade da pessoa humana.

O Direito de moradia é direito fundamental positivado no art. 6º da Constituição Federal e diretamente ligado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III,



da Constituição Federal.

Para as comunidades indígenas garantir o direito à moradia não significa apenas a concessão de uma casa, mas implica em possibilitar uma convivência digna junto a seus pares, com o fortalecimento dos seus vínculos,, dentro de um território comum, que possa garantir a sobrevivência física e cultural do grupo.

A aquisição de uma área para que os Pankariris possam se instalar com suas famílias e dela retirar seu sustento é medida que ao mesmo tempo em que protege culturalmente a comunidade indígena, realiza o direito subjetivo à moradia.

6.5 – DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Os fatos narrados nesta demanda revelam que além de não realizar sua finalidade precípua, qual seja, a proteção das populações indígenas, a **FUNAI**, não observou o princípio da razoável duração dos processos garantidos constitucionalmente.

Insta realçar que cabia à própria **FUNAI** diligenciar para a instrução de procedimento administrativo e atuar de forma a buscar a superação do conflito intra-étnico existente entre os indígenas Pankariris e Kariri-Xocós, porém nada fez nesse sentido que chegasse a uma solução definitiva.

Para além disso, o que se extrai do dos elementos de informação colacionados no Inquérito Civil em referência é que os indígenas Pankariris, desde os idos de 2018, tentam, porém sem sucesso, estabelecer tratativas com a **FUNAI** no sentido de viabilizar o assentamento da etnia em outra área diversa da TI Kariri-Xocó, em Alagoas.

Tal proceder afronta os preceitos processuais estabelecidos na Lei Maior, que após a EC 45/2004, passou a prever no rol dos direitos e garantias fundamentais a **razoável duração do processo**, inclusive dos processos administrativos. A demora na solução de procedimentos administrativos equivale à omissão do órgão, a qual é passível de responsabilização. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. MILITAR FALECIDO.PENSIONISTA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Em exame mandado de segurança impetrado por Nisete Cardoso Lacerda, pensionista de anistiado político, contra ato omissivo do Ministro de Estado da Justiça consubstanciado na não conclusão de processo administrativo em que se reviu o valor da pensão por morte.

2. Nos termos dos arts. 10 e 12 da Lei nº 10.559/2002, Lei de Anistia, a competência para decidir acerca dos pedidos de anistia política é única e exclusiva do Ministro de Estado da Justiça.



3. O Ministro da Justiça não está vinculado à manifestação da Comissão de Anistia, que exerce função de assessoramento.

4. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, fica caracterizada a omissão da autoridade impetrada em concluir o processo administrativo da impetrante, pois a todos é assegurada a razoável duração do processo, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de processo administrativo. Razoabilidade e eficiência administrativas.

5. No caso, levando-se em consideração que o processo administrativo tramita desde 2004, que a Comissão de Anistia já esgotou seu ofício, desde maio de 2010, que a autoridade impetrada entende não estar demorando na análise do pleito, não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão do processo administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes instaurados com a finalidade de reparar injustiças outrora perpetradas.

6. Na esteira dos precedentes do STJ, impõe-se a concessão da segurança para determinar que a autoridade coatora profira, no prazo de 60 (sessenta) dias, decisão no processo administrativo da impetrante, como entender de direito.

7. Ordem parcialmente concedida.

(MS 15.598/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 04/10/2011)

Assim, é patente a violação à duração razoável do processo, na medida em que não há nenhum indicativo de que aquisição de terras em favor da etnia Pankariri.

6.6 – DOS LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Se o campo das políticas públicas está historicamente relacionado com a noção de discricionariedade administrativa, é certo que os dias atuais agravaram a distância entre as expectativas da sociedade, que convivem com o aumento da demanda por prestações públicas, e a efetiva resposta da administração pública por meio da aplicação de recursos públicos.

O administrador define políticas públicas quando elabora seu orçamento anual. Ciente de todas as carências que administra nas mais diversas áreas como a educação, saúde, transporte, lazer, dentre outros, deve o administrador fazer escolhas para melhor investir recursos públicos. A “escolha ótima” exigível da administração certamente não será a de deixar pessoas sem saneamento básico, crianças sem escola, sociedade desguarnecida de serviços de saúde, enquanto destina os recursos à construção de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina administrativa ou investe em propaganda, ainda que institucional.



Discricionariedade não pode ser pretexto para a ineficiência da administração pública e para a sonegação de direitos sociais fundamentais como o saneamento básico.

Observe-se que o campo da discricionariedade administrativa, no âmbito dos estudos jurídicos, sofreu grandes mutações nos últimos anos. Houve mudanças significativas do entendimento da literatura e da jurisprudência, tanto estrangeira quanto nacional, acerca do controle da discricionariedade administrativa por parte do poder judiciário.

Os tribunais superiores brasileiros já assumiram postura garantista quando se trata de determinar à administração pública o cumprimento de obrigações que concretizam direitos sociais. Confira-se o precedente abaixo que mostra como o poder judiciário determina a execução de política pública quando essa afeta a saúde pública e o direito ao meio ambiente, por ineficiência das ações de saneamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira



encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE."

11. Recurso especial provido.



(REsp 575.998/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX,
PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ
16/11/2004 p. 191)

No STF, o entendimento não é divergente daquele firmado no STJ. Confira-se julgado do STF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples



conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

(RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300)

Quanto à exigibilidade dos direitos coletivos ante a abulia política do Executivo, ensina Norberto Bobbio, “*verbis*”:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem ‘*hic et nunc*’, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados ‘*sine die*’, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito’? (Norberto Bobbio, ‘A Era dos Direitos’, 8a ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77/78).

Especificamente, quanto à questão de **demarcação de terras indígenas**, tem se manifestado o STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL
CIVIL – **DEMARCAÇÃO DE TERRAS
INDÍGENAS** – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO
ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERÇÃO –
NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO
CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE



DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgador decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.

4. **A discricionariiedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.**

5. **O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.**

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido.

(REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em



O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tratando, a exemplo do postulado nesta ação, de implementação de política de saúde pública, no caso, para atendimento aos indígenas, assim se posicionou:

A moderna diretriz da interpretação constitucional está em haver os direitos fundamentais como de eficácia imediata. A Lei Maior deixa assim de ser mero repositório de promessas ou simples carta de intenções. A reserva do possível em caso não encontra guarida, porquanto é flagrante a situação humilhante em que se encontram os indígenas, enquanto que verbas são gastas em áreas evidentemente menos prioritárias. No âmbito do Direito Administrativo, se não superada a doutrina que diz vedado o exame do mérito do ato administrativo, pelo menos seja flexibilizada no sentido de que, embora o julgador não possa se fazer substituir ao administrador, cumpre-lhe fazer cumprir a Constituição. Assim, tendo em vista que instituídos estão em sede constitucional os princípios da dignidade humana e o princípio do direito à saúde, peço vênua para votar no sentido de dar provimento aos embargos infringentes. (Rel. Des. Federal Luiz Carlos Lugon, Ap. Cível 1999.04.01.0149444-9/RS, 08.11.2004, Informativo do TRF/4ª n° 219).

Portanto, é possível que o Poder Judiciário interfira em casos concretos determinando a execução de políticas públicas à administração pública quando sua omissão põe em grave risco direitos fundamentais.

No caso sob análise, não há nenhuma dúvida que a omissão da **FUNAI** em adquirir terras ofende os direitos fundamentais dos indígenas Pankariris.

A **UNIÃO**, por sua vez, deve ser condenada na obrigação de fazer consistente em dotar a **FUNAI** dos recursos financeiros necessários a custear todas as despesas decorrentes do processo de reassentamento dos indígenas Pankariris, inclusive com a contratação de pessoal terceirizado, caso necessário, e indenização de ocupantes não indígenas, se for o caso.

7 – DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

O art. 12, da Lei nº 7.347/1985, que regula a ação civil pública, confere ao juiz o poder de concessão da tutela provisória de urgência, desde que presentes os pressupostos legais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

A **plausibilidade do direito** invocado como fundamento do pedido é patente. O requerimento funda-se no silêncio administrativo e na comprovada mora estatal. O descumprimento reiterado e permanente de comando normativo/constitucional.



É inegável e injustificável demora da **FUNAI** em garantir a proteção das populações indígenas, na medida em que: a um cabia a própria autarquia diligenciar para a instrução de procedimento administrativo na busca da superação do conflito intra-étnico existente entre os indígenas Pankariris e Kariri-Xocós; a dois porquanto os indígenas Pankariris, desde os idos de 2018, tentam, porém sem sucesso, estabelecer tratativas com a **FUNAI** no sentido de viabilizar o assentamento da etnia em outra área.

Dessa forma, é notória a afronta do direito fundamental ao princípio da razoável duração do processo, previsto no 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, ao passo em que, indubitavelmente, vem causando prejuízos aos integrantes da etnia em questão, que ficam alijados do pleno gozo dos seus direitos constitucionalmente assegurados.

Outrossim, o descumprimento reiterado e permanente de comandos constitucionais de proteção às comunidades indígenas, bem como a violação explícita de princípios tão caros ao Direito Administrativo (legalidade, eficiência, moralidade, duração razoável, finalidade) recomenda atuação imediata do Judiciário, sob pena de perpetuar-se a mora estatal (que já se arrasta por mais de cinco anos) até o final do julgamento da presente ação.

O *periculum in mora*, em igual prumo, é manifesto, consubstanciando-se no fato de que os indígenas Pankariris se encontram impedidos de exercer plenamente seus direitos constitucionalmente assegurados, assim como estão em situação de extrema vulnerabilidade social (vide acervo fotográfico adrede juntado).

Se, por um lado, está demonstrada a necessidade da medida pela existência de dano irreparável às famílias indígenas em questão, pelo risco de seu perecimento, por outro lado, há de se registrar que não há possibilidade de dano algum aos requeridos pelo efeito da concessão, ou seja, **não há risco de dano inverso/reverso**, visto que se trata de apenas exercer sua função legal.

Destarte, tendo em vista que o dano a ser reparado em Juízo, como dito, consiste justamente na delonga administrativa, impende decisão imediata que supra a mora. O ilegal silêncio administrativo não pode respaldar que a entidade responsável pela omissão aproveite-se, agora, do tempo do processo judicial sem tomar providência alguma, apenas incrementando o dano sofrido.

Assim, deve ser concedida tutela provisória de urgência a fim de obrigar a **FUNAI** a adotar todas as medidas necessárias para assentar os indígenas do grupo Pankariri, em outra área rural, adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural, bem como para que **de imediato** atenda às situações emergenciais desses indígenas, valendo-se dos seus melhores esforços para a tutela da saúde, moradia, integridade física e dignidade das comunidades indígenas como o fornecimento dos suprimentos necessários, tais como materiais para protegê-los das intempéries e ataques de bichos, cestas básicas em quantidade e qualidade suficiente, água potável, medicamentos etc.

8 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS FINAIS

Por todo o exposto, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**:

a) a concessão da tutela provisória de urgência, nos termos acima justificados, a fim de obrigar a **FUNAI** (fixando-se astreintes no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso ou o estabelecimento de outras medidas efetivadoras vislumbradas pelo juízo, vinculando-se o eventual produto das multas a investimentos na área de educação e saúde do povo re-



ferido na presente demanda) a:

a.1) a iniciar e concluir o procedimento necessário ao reassentamento dos indígenas Pankariris em área adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural – seja por meio de aquisição direta de terras, seja por desapropriação –, de forma a garantir a sobrevivência física e cultural da referida etnia, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, e

a.2) a atender **de imediato** às situações emergenciais desses indígenas, valendo-se dos seus melhores esforços para a tutela da saúde, moradia, integridade física e dignidade das comunidades indígenas como o fornecimento dos suprimentos necessários, tais como materiais para protegê-los das intempéries e ataques de bichos, cestas básicas em quantidade e qualidade suficiente, água potável, medicamentos etc;

b) a citação dos demandados e a intimação para audiência de conciliação;

c) a concessão de prazo para contestarem a ação, em não havendo autocomposição;

d) sejam julgados procedentes os pedidos, mediante a condenação:

d.1) da **FUNAI** na obrigação de fazer consistente em iniciar e concluir o procedimento necessário ao reassentamento dos indígenas Pankariris, em área adequada e condigna à sua peculiar situação sócio-econômica e cultural - seja por meio de aquisição direta de terras, seja por desapropriação -, de forma a garantir a sobrevivência física e cultural da referida etnia, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses;

d.2) da **UNIÃO** na obrigação de fazer consistente em dotar a **FUNAI** dos recursos financeiros necessários a custear todas as despesas decorrentes do processo de reassentamento dos indígenas Pankariris, inclusive com a contratação de pessoal terceirizado, caso necessário, e indenização de ocupantes não indígenas, se for o caso;

e) a fixação de multa em desfavor dos réus pelo eventual descumprimento das ordens judiciais emanadas nestes autos.

f) por fim, requer o MPF provar o alegado com base nas provas documentais disponíveis nos autos do procedimento administrativo em epígrafe, bem como nos demais meios de prova legalmente admitidos, inclusive a produção de prova testemunhal consistente na oitiva de lideranças e moradores da etnia Pankariri, indicando desde já o cacique José Raimundo Santos de Andrade – Cacique Pankariri.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Aracaju/SE, data da assinatura

assinado digitalmente

FLÁVIO PEREIRA DA COSTA MATIAS
PROCURADOR DA REPÚBLICA

