



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

PROCESSO N° 0000475-13.2012.4.05.8001

Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público Federal

Réus: União Federal e Fundação Nacional do Índio (FUNAI)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITOS HUMANOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIMINAR. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PERICULUM IN MORA E FUMAÇA DO BOM DIREITO. CONCESSÃO. POVOS INDÍGENAS. PRESERVAÇÃO. INDIGENATO. ATRASO INJUSTIFICADO NA DEMARCAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, visando a condenação dos demandados à obrigação de fazer a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público, decorrente de sua missão constitucional na prerrogativa de defensor dos direitos humanos, dos interesses difusos e coletivos e da defesa



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, conforme art. 129, V, CF de 88.

3. Legitimidade passiva da União, diante do disposto no art. 231 da Constituição Federal de 1988, sendo de sua competência a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

4. Os povos indígenas são os primeiros habitantes do Brasil, devendo ser respeitados em sua plenitude, com a manutenção de sua cultura, tradição e costumes.

5. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (Art. 231, CF de 88).

6. A reserva do possível e as questões relacionadas ao orçamento não devem ser utilizadas como limites absolutos à prestação de direitos humanos e à concretização de políticas públicas, podendo o Judiciário fazer o controle devido, quando necessário, fixando prazo razoável para o fim da demarcação das Terras Indígenas Xucuru Kariri.

7. O dogma da Separação de Poderes não pode impedir o acesso ao Judiciário, muito menos o papel deste último na consecução dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, não havendo que se cogitar em indevida intromissão na esfera discricionária da União e da FUNAI.

8. O processo demarcatório de terras indígenas encontra-se regulado na Lei nº 6.001/73 - Estatuto do Índio e no Decreto nº 1.775/96, cujas regras foram declaradas, pelo Pretório Excelso



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

STF, compatíveis com a CF/88. Precedentes do STF.

9. Na instrução, com a inspeção judicial e demais provas carreadas, restou evidenciada a existência de mora e suspensão injustificadas do processo de demarcação das terras indígenas.

10. O processo de demarcação teve início no ano de 1988, com a criação de diversos grupos de trabalho. Apenas em 17 de outubro de 2008, por meio do Despacho nº 39, o Presidente da FUNAI aprovou as conclusões objeto do resumo RCID, reconhecendo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri.

11. Em 15 de dezembro de 2010, a República Federativa do Brasil reconhece a existência da terra indígena Xucuru Kariri, através da Portaria do Ministério da Justiça nº 4.033/2010, homologando o relatório que fora publicado em 2008, reconhecendo uma área de 6.927 hectares.

12. Resta ainda, para conclusão do processo de demarcação, a demarcação física, a cargo da Funai; levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos não índios; homologação da demarcação, a cargo da Presidência da República; retirada dos ocupantes não índios, com pagamento das benfeitorias e reassentamento dos ocupantes não índios, a cargo do Incra; registro das terras indígenas na Secretaria do Patrimônio da União.

13. Não bastando o extenso lapso de tempo sem demarcação das terras indígenas Xucuru Kariri, resta o processo suspenso sem justificativa razoável.

14. O Princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII,



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

traduz-se em importante direito fundamental, não podendo o processo de demarcação ser postergado indefinidamente, sob pena das normas constitucionais tornarem-se letra morta e a violência social assumir o papel de protagonista na resolução dos conflitos.

15. Parcialmente Procedente

SENTENÇA

Vistos etc.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo **Ministério Público Federal** (fls. 03 a 79) contra a **União Federal e a FUNAI** pugnando, entre outros requerimentos, pela condenação dos demandados à obrigação de fazer a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria do Ministro da Justiça nº 4.033, de 15.12.2010 e concluir o processo de demarcação, inclusive com a desocupação dos atuais posseiros da área. Em suma, aduz:

- 1.1- A presente ação repousa na reparação ao grupo indígena Xucuru Kariri pela aflição e sofrimento decorrentes da abusiva demora da União/FUNAI para concluir a demarcação da Terra Indígena Xucuru Kariri, bem como sustar a continuidade dos danos com a realização da demarcação física do território indígena e avaliações das benfeitorias, para indenização dos posseiros;
- 1.2- O grupo indígena Xucuru Kariri compõe-se, atualmente, de oito comunidades independentes, totalizando mais de três mil índios, em cerca de 600 famílias;



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

- 1.3- A União/FUNAI, ignorando os prazos legais e afrontando os princípios constitucionais da razoabilidade, da eficiência e da economicidade, no período de 1988 a 2003, chegou a criar quatro Grupos Técnicos (GT's) para demarcar a terra indígena Xucuru Kariri, sem que nenhum relatório sequer fosse publicado;
- 1.4- No ano de 2006, a FUNAI cria o quinto GT (Portaria nº 1.121, de 23/08/2006), com prazo total fixado em 204 dias e, finalmente, publica o Relatório dois anos depois, em 20/10/2008, reconhecendo, enfim, ao menos, 7.073 hectares como território indígena;
- 1.5- Em 15 de dezembro de 2010, a República Federativa do Brasil, enfim, reconhece a existência da terra indígena Xucuru Kariri, através da Portaria do Ministério da Justiça nº 4.033/2010, homologando o relatório que fora publicado em 2008, reconhecendo como terra indígena uma área de 6.927 hectares;
- 1.6- Porém, a União e FUNAI insistiram em não dar o devido andamento ao processo para a entrega da terra, contrariando a Constituição Federal de 1988, não concluindo o processo demarcatório, faltando o cumprimento do art. 2º, §10, II e dos arts. 4º, 5º e 6º do decreto nº 1.775/96, que consubstanciam em diligências administrativas relativas à demarcação física, à avaliação das benfeitorias, ao pagamento das indenizações à desintrusão, à homologação e aos registros (cartório e SPU);
- 1.7- A demora na demarcação das terras tradicionais dos índios Xucurus Kariris lhes traz prejuízos irreparáveis, sejam eles culturais, de insegurança alimentar, de violência intertribal, bem como de insegurança social decorrente do conflito de terra com os não índios da região, que se arrasta há mais de três séculos. Os índios enfrentam dificuldades em manter a forma própria de organização social e, com isso, têm dificuldades de passar para as próximas gerações os seus costumes, suas línguas, suas crenças e tradições;
- 1.8- As dificuldades práticas de sobrevivência encontradas nos espaços territoriais exíguos e insuficientes para a sua reprodução física e cultural têm levado esse grupo étnico a empreender, ao longo dos últimos 30 anos, ocupações forçadas de fazendas



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

vizinhas aos aldeamentos, além de disputas internas ao grupo, com episódios de violência extrema incluindo homicídios;

- 1.9- Outro grande prejuízo enfrentado pelos Xucurus Kariris é o histórico conflito com a comunidade não indígena de Palmeira dos Índios, conflito este que tem cada vez mais se acirrado, em decorrência da insegurança jurídica gerada pela mora das demandadas em cumprir dispositivos constitucionais. Prova desse histórico é a gama de ações possessórias em trâmite na 8ª Vara Federal de Arapiraca, todas almejando a evasão dos índios de propriedades rurais localizadas no Município de Palmeira dos Índios/AL.

2. O autor pede, em antecipação de tutela, que seja determinado aos réus a imediata conclusão da demarcação das terras indígenas Xucuru Kariri, nos seguintes prazos: a) 30 (trinta) dias para a conclusão da demarcação física; b) 60 (sessenta) dias para a conclusão das avaliações de benfeitorias existentes em todos os imóveis incidentes na Terra indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010; c) 06 (seis) meses para conceder a posse definitiva da área delimitada na Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, aos índios, inclusive com a desintrusão dos atuais posseiros da área; d) multa diária para o caso de descumprimento dos prazos acima, valor a ser revertido em favor do grupo indígena.

3. Em pedido final, pugna que: a) seja deferida a liminar; b) a condenação dos réus à obrigação de fazer a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria do Ministro da Justiça nº 4.033, de 15/12/2010 e concluir o processo de demarcação, inclusive com a desintrusão dos atuais posseiros da área; c) sejam condenadas a União e a FUNAI por danos morais coletivos causados aos índios Xucurus Kariris, ao pagamento de indenização no valor de R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de reais); d) sejam condenadas a União e a FUNAI por danos materiais coletivos causados aos índios Xucurus Kariris, ao valor de R\$ 106.628.000,00 (cento e seis milhões, seiscentos e vinte e oito mil reais); demais cominações de praxe.

4. Manifestação da FUNAI acerca da liminar, fls. 90 e 91, aduzindo, em síntese, que há medidas em curso no que se refere à demarcação da Terra Indígena Xucuru Kariri, sendo, portanto, descabida a alegação da existência de demora abusiva que justifique a imposição de multa ou indenização aos Xucurus Kariris por supostos danos morais. Destacou, por fim, que estaria agindo em harmonia com os índios, conforme Ata anexa, subscrita pelos próprios Xucurus



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Kariris, destacando que o grau de interesse na demarcação é tanto do Ministério Público Federal quanto da FUNAI.

5. Manifestação da União acerca da liminar, fls. 99 a 103, aduzindo em síntese, impossibilidade de antecipação de tutela em face da União; inexistência de verossimilhança do alegado; ofensa ao princípio da separação de Poderes, da discricionariedade administrativa e da Reserva do Possível.

6. Liminar de indeferimento, fls. 107 a 109, entendendo o Magistrado autor pela necessidade de um exercício de cognição mais aprofundado acerca do trâmite administrativo que objetiva tornar possível a execução da delimitação estatuída pelo art. 1º da Portaria MJ nº 4.033/2010, notadamente quanto à constatação de eventual ocorrência de mora injustificada dos entes administrativos responsáveis, ora réus, em embaraçar o cumprimento das providências necessárias.

7. Contestação da FUNAI em fls. 114 a 139, aduzindo que:

7.1 Inexiste omissão ou negligência por parte da FUNAI na condução do processo demarcatório relativo à Terra Indígena Xucuru Kariri; o procedimento administrativo de identificação e delimitação da referida Terra Indígena se encontra na fase de demarcação física dos limites, com licitação em curso para a contratação de empresa especializada em agrimensura/cartografia e geodesia;

7.2 Os documentos em anexo demonstram ainda que há medidas em curso no tocante à demarcação da Terra Indígena Xucuru Kariri, sendo, portanto, descabida a alegação da existência de demora abusiva que justifique a imposição de multa ou indenização por supostos danos morais ou materiais;

7.3 A Administração Pública, no exercício de seu Poder Discricionário, pode traçar, com base nos critérios de razoabilidade, metas e prioridades para a concretização dos procedimentos demarcatórios;

7.4 A demarcação, em se tratando de implantação de políticas públicas, insere-se, prioritariamente, no âmbito das funções institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, não sendo dado ao Poder Judiciário substituir as instâncias constitucionalmente competentes para tanto, determinando a



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

efetivação de políticas governamentais, sob pena de violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes;

7.5 Cláusula de Reserva do Possível, limites à atuação do Poder Judiciário, diante da existência de disponibilidade financeira do Estado;

7.6 O prazo referido no art. 67, ADCT, de que a União concluirá a demarcação das terras indígenas em cinco anos não é de natureza peremptória, citando precedente do STF;

7.7 Eventual determinação judicial no sentido de estabelecer um prazo fatal para a conclusão do procedimento demarcatório como um todo seria ingerência indevida do Judiciário;

7.8 O Estado não deve responder pelos danos causados diante de sua conduta omissiva, senão estaria erigido à condição de segurador universal;

7.9 Ainda que fosse atribuída ao Estado a responsabilidade, estar-se-ia diante de uma situação de força maior, excluindo assim a responsabilidade;

7.10 O valor encontrado pelo autor, a título de danos materiais, é exorbitante, sem qualquer embasamento.

8. Trouxe documentos às fls. 140 a 199.

9. Contestação da União, fls. 201 a 226, aduzindo:

9.1 Ilegitimidade passiva *ad causam* da União, sendo a responsabilidade única e exclusivamente da FUNAI;

9.2 Impossibilidade de conclusão a termo do processo administrativo, violação da Separação de Poderes e Reserva do Possível;

9.3 Ausência de conduta omissiva da União, nexos causal e dano;

9.4 Impugnação ao valor indenizatório reivindicado e improcedência do pedido de condenação em honorários sucumbenciais.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

10. Manifestação do MPF acerca da contestação da União, conforme fls. 228 a 231.

11. Requerimento do MPF, fls. 277 e 278, pugnando pelo depoimento pessoal dos réus, oitiva de lideranças, oitiva do perito em antropologia Ivan Soares Farias, prova pericial para aferir dano material e dano moral, inspeção judicial.

12. Manifestação do MPF, fls. 342 a 355, pugnando novamente pela concessão da medida liminar.

13. Nova manifestação da FUNAI, às fls. 479 a 481, pedindo a negativa da liminar, sob o argumento de que não existe negligência ou omissão por parte da Fundação e que existem obstáculos diante da complexidade do procedimento demarcatório, com todas as suas especificidades, aliadas às dificuldades financeiras e à carência de servidores e de meios materiais.

14. Nova manifestação da União, à fl. 489, pugnando pelo indeferimento da liminar.

15. Audiência de instrução, realizada no dia 18 do mês de setembro de 2013 (termo de assentada em fls. 506/507).

16. Decisão de fls. 525/547 concedendo a liminar pleiteada, para determinar à União Federal e à Funai os seguintes termos: *“a) determinar à FUNAI e à União, na obrigação de fazer, que conclua imediatamente a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria do Ministro da Justiça nº 4.033, de 15/12/2010, num prazo de 30 (trinta) dias; b) determinar à FUNAI e à União, na obrigação de fazer, que conclua as avaliações de benfeitorias existentes em todos os imóveis incidentes na Terra indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, num prazo de 60 (sessenta) dias; c) determinar aos réus um prazo de 06 (seis) meses para conceder a posse definitiva da área delimitada na Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, aos índios Xucurus Kariris, inclusive com a desintrusão dos atuais posseiros da área; d) em caso de eventual descumprimento da obrigação de fazer, fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para o caso de descumprimento dos prazos acima, valor a ser revertido em favor do grupo indígena”.*

17. Juntada de documentos pelo MPF em fls. 553/579, referentes à regularização fundiária da terra indígena, bem como informações acerca do atual estágio da avaliação de benfeitorias.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

18. A União, em fls. 586/621, informa a interposição de agravo de instrumento.
19. Decisão de fls. 623/624 mantendo a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos e determinando a intimação do MPF para se manifestar acerca dos ofícios referentes aos Conselhos Profissionais.
20. Em fls. 626/627, o Órgão Ministerial propôs a substituição da prova pericial pela oitiva da perita Siglia Zambrotti Doria em juízo, bem como reforçou o pedido de inspeção judicial.
21. A União, em fl. 635, requereu a juntada de documentos (fls. 636/646), em especial do Ofício nº 2844/2013/CCJ/CGJUDI/CONJUR/MJ-CJU/AGU, informando que a demarcação física da referida terra indígena fora concluída em 26/08/13.
22. Comunicado do TRF da 5ª Região informando a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pela União (fls. 641/644).
23. Em fls. 646/676, a FUNAI informa a interposição de recurso de agravo.
24. Decisão de fl. 679/680 deferindo o pedido do MPF para a oitiva da perita Siglia Zambrotti Doria, bem como determinando a realização de inspeção judicial.
25. Despacho de fl. 699, determinando a expedição de carta precatória para a oitiva da perita e determinando que a apresentação de quesitos seja efetuada na ocasião da audiência.
26. Em fl. 710, o MPF requereu a juntada da Nota Técnica nº 07/2014, referente à perícia antropológica sobre a inspeção judicial realizada em 02/04/2014 (fl. 711/716).
27. Em fls. 721/725 e fls. 752/758, foi juntado aos autos a certidão de trânsito em julgado do acórdão referente ao julgamento do agravo de instrumento.
28. Auto de inspeção judicial realizada em 02/04/2014 juntado em fls. 733/736.
29. Devidamente intimados acerca do auto de inspeção, o MPF nada requereu; a União pediu dilação de prazo (fl. 745 e 749). Já a FUNAI, juntou ofício em fl. 773.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

30. Oitiva da perita Siglia Zambrotti Doria realizada por carta precatória juntada em fls. 807/809.
31. MPF intimado em fl. 876/877.
32. Manifestação da FUNAI, em fl. 888.
33. Por sua vez, a União, em fl. 881, informou não ter nada a requerer em relação à oitiva da perita. No entanto, em relação à inspeção judicial, requereu novamente vistas dos autos por 30 dias.
34. Despacho de fl. 890 indeferindo a dilação de prazo, como requerido e concedendo prazo de 05 (cinco) dias para a União se manifestar acerca da inspeção judicial realizada.
35. Manifestação da União em fl. 896, ratificando os argumentos expostos em sua contestação.
36. **É o relatório. Fundamento e decido.**

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - Introdução

37. Tendo em vista que as preliminares levantadas pelas partes já foram analisadas na decisão de fls. 525/547 e, considerando já encerrada toda a instrução processual, com farta discussão probatória, colhendo as contestações dos réus União e FUNAI, realizando audiência com as partes envolvidas, servidores da FUNAI, coordenadores, antropólogo e indígenas do Povo Xucuru Kariri, bem como com realização de inspeção judicial *in loco*, passo ao exame do mérito.

38. De início, forçoso é reconhecer que o tema colacionado aos autos merece uma reflexão bastante aprofundada e com muito zelo, uma vez que o julgamento do presente feito apontará para uma nova etapa, que encerrará um ciclo histórico na vida de indígenas e não indígenas da região de Palmeira dos Índios/AL.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

39. A pacificação social é o objetivo do Direito, sendo o Judiciário um importante instrumento da sociedade para garantir a proteção de seus direitos fundamentais. É o Judiciário que tem o papel de delimitar as liberdades de cada indivíduo, quando confrontadas e na inviabilidade da conciliação.

40. Quando o Estado se omite nesta relação simbiótica com a sociedade, o livre arbítrio passa a ser uma lei, guiada nos moldes de Talião. Não há paz e nem segurança necessárias para o progresso da vida humana. Na modernidade, a sociedade também exige que a prestação da justiça seja rápida e dinâmica. A demora na prestação de um direito, ainda mais quando reconhecido pela Constituição do país, pode provocar reações e comportamentos agressivos.

41. O caso em comento possui raízes históricas, retratando as origens da sociedade brasileira, através das posses dos primeiros habitantes, desde a reorganização do espaço urbano. Certamente, os fatos narrados nos autos mudarão os comportamentos dos habitantes do município de Palmeira dos Índios.

42. A terra, objeto desta demarcação, já foi alvo de inúmeros conflitos, em virtude da ausência de uma resposta do Estado brasileiro, após mais de vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal. Por conta desse atraso, os índios locais vêm entendendo, dentro de sua concepção do direito, pela possibilidade de ocuparem as terras, mesmo que estejam em posse de terceiros, num processo que denominam como “a retomada”. Prova disso, são as ações judiciais processadas nas Varas Federais de Arapiraca, cujos autores pedem a reintegração da posse da área ocupada pelos indígenas.

43. Conflitos armados também já foram travados na região, tendo como foco as disputas territoriais entre os próprios povos indígenas (<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/08/12/ult5772u4938.jhtm>)¹

44. Diante da ausência de um final neste processo demarcatório, os índios resistem, através de suas organizações, promovendo manifestações e atos de

¹ A Polícia Federal afirma que a operação acontece na zona rural do município do agreste alagoano, num local conhecido como Fazenda Canto. Em nota, a PF diz que o objetivo da ação é pacificar os conflitos indígenas entre duas famílias que disputam o poder na referida terra.

(...)

O conflito

De acordo com investigações da PF, os conflitos entre as famílias Ramos e Macário dentro da tribo tiveram início em outubro de 2008, quando o filho do cacique da tribo indígena, José Cícero Ramos, foi assassinado. José Cícero era acusado da morte de um integrante da família Macário, com quem possuiria rixa. O acusado da morte de Cícero, Dorgival Ricardo da Silva, não foi preso na operação. A PF não informou mais detalhes. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/08/12/ult5772u4938.jhtm>>. Acesso em: 9 mar. 2015.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

reivindicação. São comuns os atos públicos com grande repercussão social, coordenados pelos Xucurus Kariris, em defesa da demarcação de suas terras.²

45. O processo de demarcação dessas terras inclusive já foi notícia nacional, veiculado na Folha de São Paulo no ano de 2008, sob o título: “Nova reserva deixa clima tenso em Alagoas”. Compara-se, na matéria aludida, no que se refere ao nível de tensão na área a ser demarcada no município de Palmeira dos Índios/AL, com o famoso caso da demarcação das terras da Raposa/Serra do Sol, processo que se tornou um paradigma, especialmente após o seu julgamento pelo STF. O jornal relata a grande disputa das terras, destacando ameaças de morte surgidas na localidade. O então prefeito de Palmeira dos Índios, do ano de 2008, Albérico Cordeiro, relatou estar temeroso com a ocorrência de conflitos na região e que existiam ameaças recíprocas.³

46. Mais recentemente, no ano de 2013, o Portal de notícias Globo publicou mais uma notícia com destaque ao conflito, especialmente após a suspensão da demarcação que deu origem a esta ação judicial, sob o título: “Demarcação de terras indígenas gera tensão em Palmeira dos Índios, AL”. Na matéria, merece destaque:

“(...) Há mais de 20 anos, uma disputa de terras tem tirado o sossego de uma cidade de cerca de 70 mil habitantes localizada no Agreste alagoano. De um lado, indígenas que

² Índios Xucuru-Kariri, da aldeia Fazenda Canto, de Palmeira dos Índios, ocuparam, na manhã desta quinta-feira, 20, a sede da Fundação Nacional do Índio (Funai), no Centro do Maceió, para reivindicar a demarcação de terras, de sete mil hectares, naquele município.

Os índios pedem um posicionamento sobre decisão judicial de 2010, que exige a demarcação para que as 21 famílias da tribo possam tomar posse. Cerca de 30 índios, que chegaram ao prédio por volta das 9h30, trancaram funcionários da Instituição nas salas com cadeados, que tiveram que ser serrados para permitir a fuga.

Integrantes do grupo indígena afirmam que a demora no processo de demarcação está causando diversos problemas na tribo, inclusive desavenças entre os mesmos.

Depois de uma reunião com representantes do Ministério Público Federal (MPF) e da Funai os índios desocuparam a Fundação esta tarde. Disponível em <<http://www.alagoastempo.com.br/noticia/9547/cidade/2011/10/20/indios-xucuru-kariri-ocupam-sede-da-funai-e-fazem-funcionarios-refens.html>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

³ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/12/473552-nova-reserva-deixa-clima-tenso-em-alagoas.shtml>. Acesso em 09/03/2015.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

vivem no local há centenas de anos. Do outro, produtores rurais que possuem escritura e documentação de terras adquiridas por herança de família ou compradas comprovadamente por documento legítimo. (...)”⁴

47. Num processo de demarcação, tão importante como o respeito a uma razoável duração do processo administrativo, é o conceito de indigenato, baseado na Constituição Federal de 1988, com menção aos direitos originários a partir desta Carta, evitando-se efeitos retroativos a períodos anteriores, em grave desrespeito ao direito de proprietários legítimos. Interpretação diversa seria estabelecer uma devolução de todo o Brasil aos indígenas, uma vez que eles seriam os seus primeiros habitantes, levando-se a interpretações absurdas e desprezando, inclusive, a miscigenação típica que deu origem ao povo brasileiro.

48. É certo também que a solução final deste impasse não promoverá, necessariamente, uma pacificação plena dos conflitos no município de Palmeira dos Índios/AL. Isto se deve a uma grande quantidade de pequenas propriedades na região, em posse de muitos produtores rurais ou mesmo de pessoas que retiram o seu sustento daquelas terras. São pessoas pobres, que não podem ser meramente desabrigadas, sem uma contrapartida dos Poderes Públicos.

49. Por isso, é necessário que os Poderes Públicos trabalhem com bastante vontade política para garantir o direito de propriedade, especialmente para os pequenos colonos e camponeses, que atribuem uma grande função social à terra. Em caso de demarcação das terras indígenas, a lei garante apenas a indenização das benfeitorias aos atuais ocupantes da terra, o que gera um valor muito aquém do esperado, causando um prejuízo na própria sobrevivência desses camponeses, afinal não teriam como continuar com o seu instrumento de trabalho e de vida: a terra.

50. Para tanto, reafirmando a obrigação do Poder Público, resta a alternativa de promover os assentamentos necessários da população em outras localidades, não sendo razoável que o Estado se limite apenas a pagar o valor da terra nua, embora seja esta a sua obrigação principal sob o ponto de vista legal. O Estado pode ir além, promovendo os assentamentos, em respeito ao direito à propriedade como pertencente a todos, insculpido no art. 5º da CF de 1988. É esse o espírito do decreto nº 1775/96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, conforme o art. 4º, *in verbis*:

⁴ <http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2013/10/demarcacao-de-terras-indigenas-gera-tensao-em-palmeira-dos-indios-al.html>. Acesso em 09/03/2015.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

51. **Assim, o INCRA, como órgão competente, deverá priorizar um processo de reassentamento dos ocupantes não índios, sendo tal fato de extrema importância para minimizar os impactos gerados aos não índios.**

52. Por consequência, a demora do processo de demarcação acaba por ocasionar um sofrimento a todos os envolvidos. De um lado, os índios são prejudicados por não terem suas terras delimitadas, impedindo o seu desenvolvimento. De outra banda, os não índios sofrem porque vão estabilizando suas relações sociais e produtivas nas terras ocupadas, prejudicando essa segurança diante da demarcação tardia.

53. Caso a demarcação já estivesse consolidada, desde o primeiro grupo de trabalho, constituído pela Funai em 1988, certamente as situações derivadas desse processo no município já estariam amenizadas, com a consequente pacificação.

II.2 - Conjuntura da questão indígena no Brasil

54. Neste ponto, analiso a situação dos índios no Brasil, destacando um pouco da história desde os tempos coloniais até a atual conjuntura.

55. Averiguando a descrição dos fatos narrados pelo eminente membro do *Parquet*, em sua inicial, é de se lamentar que por muito tempo o Estado Brasileiro tenha se prestado à tamanha omissão, em relação à demarcação de terras indígenas. A narrativa, bastante trabalhada, que vai desde os tempos coloniais até a recente edição da Portaria MJ nº 4.033, de 15 de dezembro de 2010, conclui pela existência de contradições ainda atuais acerca da terra e da luta indígena.

56. Como se não bastassem os equívocos históricos acerca dos indígenas, ainda exageradamente transmitidos aos nossos jovens, presenciamos a questão



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

legítima da terra visivelmente longe de ser concluída, em bastante semelhança aos atrasos também constatados acerca da reforma agrária no Brasil.

57. Nestes tais equívocos, aponta-se a própria questão do descobrimento do Brasil, atribuída a Portugal, quando se sabe que os primeiros habitantes eram os indígenas. Embora reconheçamos a importância do índio para o processo de formação do Brasil, no que toca ao alcance atual de nossas fronteiras, à defesa do território e ainda na miscigenação que deu origem ao nosso povo, o equívoco histórico do descobrimento, imputado a Portugal, como marco divisível em relação à nossa origem persiste. Porém, a Carta de Pero Vaz de Caminha prova a existência desses povos, desde o suposto “descobrimento”:

“Dali avistamos uns homens que andavam pela praia. Eram uns sete ou oito, segundo disseram os navios pequenos que chegaram primeiro. (...) Eram pardos e estavam nus, sem coisa alguma que cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos e flechas e iam rijamente em direção ao batel. Nicolau Coelho fez-lhes sinal para que pousassem os arcos e eles acataram.”⁵

58. Os índios já existiam em nossa terra, vivendo em pleno contato com a natureza, alguns em um estado mais atrasado do que outros. Possuíam costumes, crenças religiosas típicas, plantavam e caçavam, com características peculiares. Essa prévia ocupação do solo brasileiro gera um contraste ainda mais gritante quando a confrontamos com a conjuntura atual, na qual os poucos povos indígenas ainda remanescentes buscam apenas garantir a demarcação de suas terras. Estas, que sempre foram suas, pelo menos num passado anterior à vinda do colonizador.

59. Analisando a utilização do índio, de forma abusiva pelo povo estrangeiro, percebe-se ainda mais a necessidade mínima de compensação histórica. Sedentos para colonizar o novo mundo, os portugueses iniciaram sua invasão, contando com a apropriação forçada do trabalho de outros povos. Neste aspecto, vale lembrar que a escravidão foi a verdadeira força motriz desses primórdios, sendo alvejados os negros africanos e os índios nativos.

60. Os índios, por sua vez, foram escravizados em princípio para caçar, carregar toras de pau Brasil e guerrear em defesa contra outras tribos indígenas. A escravidão não perdurou quando o português colonizador quis fazer do indígena

⁵ A Carta de Pero Vaz de Caminha. Poliana Austriano e Rodval Matias. São Paulo: FTD, 1999, p. 25 e 26.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

um agricultor escravo da lavoura canavieira, sendo por isso substituído pelo negro.⁶

61. Gilberto Freire também acentua esta importância do povo indígena para a defesa do território⁷:

“Índios e mamelucos formaram a muralha movediça, viva, que foi se alargando em sentido ocidental as fronteiras coloniais do Brasil, ao mesmo tempo que defenderam, na região açucareira, os estabelecimentos agrários dos ataques de piratas estrangeiros. Cada engenho de açúcar nos séculos XVI e XVII precisava de manter em pé de guerra suas centenas ou pelo menos dezenas de homens prontos a defender contra selvagens ou corsários a casa de vivenda e a riqueza acumulada nos armazéns: esses homens foram na sua quase totalidade índios ou caboclos de arco e flecha.”

62. Outra inverdade, divulgada de forma equivocada, era que o índio não havia se prestado ao trabalho no tempo colonial, porque supostamente seria preguiçoso, daí que os portugueses preferiram trazer negros escravos da África. Conforme já narrado acima, o índio também se prestou ao trabalho escravo, porém alheio à operação nas lavouras de cana de açúcar. Além disso, os jesuítas não permitiam a escravização dos índios, embora esta proteção custasse cara, uma vez que eles trabalhavam para os padres, sem contar a submissão à catequese, que lhes cerceava suas crenças e culturas originais.

63. O índio não precisava do colonizador português, conseguindo viver de forma independente. Soma-se a isto o fato de que o tráfico negreiro era bem mais lucrativo, daí ser natural a substituição do trabalho forçado do índio pelo do negro. Destaca-se, por fim, o fato de que o negro era comprado na África como uma mercadoria, já prisioneiro, enquanto que o índio no Brasil, antes de seu recrutamento ao trabalho escravo, tinha que ser aprisionado, procedimento que não acontecia de forma pacífica.

⁶ História do Brasil. A. Souto Maior. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, 15ª Ed., p. 40.

⁷ Casa Grande e Senzala. Rio de Janeiro: Record. 46ª Ed. 2002. p. 166.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

64. O negro não era facilmente adoçado à escravidão, porém, a forma como ele era comprado, já cativo na África, e sem a identidade com a sua organização em sua comunidade, tornava mais simples a sua submissão, quando comparada ao índio. Não precisavam pagar mercenários, tais como os bandeirantes, para aprisionar os negros, da mesma forma que se faziam com os índios. O negro era vendido no mercado!⁸ Destaca-se que ambos, negros e índios, sempre resistiram heroicamente à escravidão, a exemplo da Confederação dos Tamoios, Guerra dos Bárbaros e do Quilombo dos Palmares.

65. A história foi transmitida aos nossos jovens, tendo o marco originário em abril de 1500, como sendo o início e a origem do Brasil, numa suposta descoberta atribuída a Portugal, ao revés da história indígena. Todavia, com poucas observações, já podemos fazer a correção deste equívoco, consagrando a verdade de que os índios já habitavam nossa terra, muito antes dos invasores.

66. Para se ter uma idéia, segundo a FUNAI, no tempo do descobrimento, as estimativas indicam 1 até 10 milhões de indivíduos indígenas habitantes no território brasileiro, atualmente diminuídos ao assustador número de pouco mais de 800 mil índios, contingente que perfaz cerca de 0,4% da população brasileira, segundo dados do Censo 2010. Eles estariam distribuídos entre 683 Terras Indígenas e algumas áreas urbanas.⁹

67. Uma grande parte desses povos foi dizimada em guerras ou pelo próprio fim do seu meio ambiente. Outra parte sofreu um processo de **assimilação**, sendo catequizados com a doutrina e cultura estrangeiras, prejudicando a sua própria identidade.

68. Hoje, os remanescentes povos indígenas lutam pela simples demarcação de suas terras. É bem verdade que o processo de assimilação cultural acabou prejudicando a identidade indígena, o que causa razoável estranheza pela população, afinal os índios sempre foram apresentados na imaginação típica da Carta de Pero Vaz de Caminha, ou ainda nas condições da produção televisiva e cinematográfica, como habitantes nus ou semi nus, de pele vermelha, pintada, vestidos de penas, tinturas, arcos e flechas.

69. Esse prejuízo em sua identidade, sua forma original e o processo de miscigenação que deu origem ao povo brasileiro causa grandes preconceitos por parte da população, a qual acredita, equivocadamente, ser rara a existência de índios remanescentes na sociedade atual. Isto porque, conforme já explicado,

⁸ Mitsue Morissawa. A História da luta pela terra e o MST. São Paulo: Expressão Popular. 2001, p. 59, 60 e 61.

⁹ <http://www.funai.gov.br/>, Povos Indígenas, identidade e diversidade, disponível em 08 de outubro de 2013.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

costuma-se idealizar os índios ainda no estágio em que Pedro Álvares Cabral chegou ao Brasil. Porém, observa-se que é natural o processo de modificação das sociedades indígenas, assim como em qualquer civilização, algo que aconteceria naturalmente, mesmo que não houvesse a influência do colonizador.¹⁰ É certo que muitas alterações desse processo civilizatório se deram de forma inesperada e agressiva, com a assimilação provocada pela intrusão do colonizador.

70. Isto tudo não significa que estes povos remanescentes deixem de ser indígenas, uma vez que existem ainda características peculiares, como a manutenção de tradições, religiões, usos e idiomas, além de costumes típicos. Nas palavras do documento Povos Indígenas, Identidade e Diversidade, da FUNAI¹¹:

“O Brasil possui uma imensa diversidade étnica e linguística, estando entre as maiores do mundo. São cerca de 220 povos indígenas, mais de 80 grupos de índios isolados, sobre os quais ainda não há informações objetivas. 180 línguas, pelo menos, são faladas pelos membros destas sociedades, que pertencem a mais de 30 famílias linguísticas diferentes.

No entanto, é importante frisar que as variadas culturas das sociedades indígenas modificam-se constantemente e reelaboram-se com o passar do tempo, como a cultura de qualquer outra sociedade humana. E é preciso considerar que isto aconteceria mesmo que não houvesse ocorrido o contato com as sociedades de origem européia e africana.

No que diz respeito à identidade étnica, as mudanças ocorridas em várias sociedades indígenas, como o fato de falarem português, vestirem roupas iguais às dos outros membros da sociedade nacional com que estão em contato, utilizarem modernas tecnologias (como câmeras de vídeo, máquinas fotográficas e aparelhos de fax), **não fazem com que percam sua identidade étnica e deixem de ser indígenas.**” (grifo nosso).

¹⁰ <http://www.funai.gov.br/>, idem, disponível em 08 de outubro de 2013.

¹¹ Idem.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

II.3 - Evolução do Direito Indígena

71. O processo de colonização até os dias atuais do território brasileiro foi construído sem levar em consideração a existência dos povos indígenas. Os colonizadores, simplesmente, desprezaram o fato de que indígenas já habitavam as terras brasileiras, mesmo antes da chegada portuguesa.

72. Embora facilmente identificáveis no passado e, após estudo antropológico, ainda no presente, os índios foram por muito tempo esquecidos, desconsiderados diante do princípio da igualdade mais elementar, evidente quando se observa o caráter de incapazes que perdurou no reconhecimento da legislação pátria. Como sabemos, nas origens da colonização portuguesa, tratou-se de dividir o Brasil em capitânicas hereditárias e, especialmente, lotear as terras em sesmarias, com distribuição entre colonizadores.

73. Apesar disso, em relação às terras indígenas, observa-se uma questão bastante interessante. É que, desde os tempos coloniais, mesmo com os atropelos do processo de colonização, sempre houve uma preocupação, sob o ponto de vista legislativo, de se resguardar as terras necessárias aos índios. Essa preocupação perdurou até os tempos atuais, ganhando contornos especiais com o advento da Constituição Federal de 1988. Contudo, a legislação protetiva dos índios sempre teve seu contraste com a realidade, espelhando leis que eram “meras folhas de papel”, em alusão aos dizeres de Ferdinand Lassalle. Sempre houve, portanto, reduzido grau de comprometimento com o cumprimento das disposições legais, que protegiam os índios e suas terras.

74. O primeiro documento legal que se tem notícia acerca do direito indígena foi o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 que, ao cuidar das Sesmarias concedidas pela Coroa, ressalvou os direitos dos índios, destacando a proteção contra mudanças de sua terra contra a sua vontade. Observe¹²:

"E para que os índios Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão

¹² CUNHA, Manuela Carneiro da (org). Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889), São Paulo: Ed. USP, pp. 9 a 11



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiros, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas."

75. Esse alvará tinha validade apenas para os índios do Pará e do Maranhão, sendo aplicado a todo o Brasil somente através de outro Alvará Régio, de 06 de julho de 1755: ""(...) Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras ... para gozarem delas por si e todos seus herdeiros."

76. Segundo Hilário Rosa e Tales Castelo Branco, com o advento da vinda da família real portuguesa, em 1808, D. João VI instituiu o princípio da "guerra justa", permitindo a escravização dos índios em conflito com os colonos. Apenas em 1831, os índios são declarados órfãos e sob a tutela da nação pela Lei de 27 de outubro de 1831, determinando a revogação das cartas régias, que mandavam fazer guerra e pôr em servidão os índios.¹³

77. A Lei de Terras nº 601 de 1850 transformou-se em importante diploma legislativo acerca das terras no Brasil, dando origem ou mesmo confirmando distorções bastante injustas no processo de divisão agrária. E o pior, em relação aos indígenas, não houve um pronunciamento expresso que garantisse a justa divisão do necessário para a sobrevivência desse povo. Fazia menção expressa em seu art. 12, ressaltando a reserva de terras devolutas que o governo julgasse necessárias para a colonização dos indígenas:

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

¹³ Hilário Rosa e Tales Castelo Branco. Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67436,101048-Direito+dos+indios+a+terra+no+passado+e+na+atualidade+brasileira>, disponível em 09 de março de 2015.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

78. A ideia da colonização era uma tentativa expressa de fomentar o processo de assimilação dos povos indígenas, já existente e fortemente liderado pelos jesuítas.

79. Tentando corrigir essa grave omissão, no ano de 1854, foi editado o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, regulamentando a Lei de Terras. Tal decreto assim dispôs:

Art. 72 Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens

Art. 75 As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim permitir o seu estado de civilização.

80. O decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 teve importante papel na origem da expressão **indigenato**, formulado pelo jurista João Mendes Júnior em 1912, interpretando o § 1º do artigo 24¹⁴:

"O indigena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., titl., de aq. vel. amitt. posses., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indigena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como direito congenito. Ao indigenato, é que melhor se

¹⁴ **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos**, João Mendes Junior, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pp.58-60, apud Hilário Rosa e Tales Castelo Branco. **Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira**. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67436,101048-Direito+dos+indios+a+terra+no+passado+e+na+atualidade+brasileira>, disponível em 09 de março de 2015.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

aplica o texto do juriconsulto Paulo: - quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit.

Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a ocupação, como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictae. (confirmam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras dos indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictae; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado.

O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação 'às posses que se acharem em poder de primeiro occupante', estão sujeitas à legitimação aquellas 'que não têm outro titulo senão a sua occupação'. Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existencia de primeiro occupante que tem titulo distincto da sua occupação. E qual póde ser esse primeiro occupante, com titulo distincto da sua occupação, senão o indigena, aquelle que tem por titulo o indegenato, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de Abril de 1680: 'quer se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primarios e naturaes senhores das terras'." (grifos nossos).

81. A primeira Constituição do país, a imperial de 1824, não fez menção alguma sobre os índios. Anos depois, com o advento da Proclamação da República, os indígenas foram mais uma vez esquecidos, pelo fato da primeira Constituição Republicana não abordar a posse de suas terras, algo apenas corrigido pela Constituição de 1934, que se tornou a primeira a dispor sobre o assunto, da seguinte forma:



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

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

82. As Constituições seguintes, de 1937 e de 1946 mantiveram os termos da Constituição de 1934, ainda na análise bastante incipiente do direito indígena. Assim expôs a CF de 1937:

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

83. E na sequência, a CF de 1946:

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

84. Apenas a Constituição de 1967 inovou a estrutura de reconhecimento disposta nas Cartas anteriores, em relação aos direitos indígenas, indo mais além do que meramente reconhecer a posse permanente das terras, para estender o seu usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Destaca-se ainda a importância desse texto constitucional para a atual conjuntura indígena, eis que ele transfere as Terras Indígenas para o Patrimônio da União. Vale citar a íntegra do Texto Maior da época:

Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

85. Sua sucessora, a Constituição de 1969, foi mais além, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos indígenas. Dessa forma, ampliou o leque de proteção às Terras Indígenas:



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

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

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

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

86. Apesar das atrocidades da ditadura militar, foi nesse período que surgiram dois importantes diplomas legislativos acerca da questão indígena. Um foi a Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que instituiu a FUNAI. O outro foi a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que criou o Estatuto do Índio.

87. O Estatuto do Índio, embora tenha um grande significado, diante dos inúmeros direitos, enumerados de forma expressa em um diploma único, considerou a questão indígena numa política de modelo integracionista, ligado à idéia de aculturação e assimilação. Observe:

*Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura **e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.** (grifo nosso).*

88. Dessa forma, embora tenha representado importante avanço em relação ao arcabouço legislativo anterior, o Estatuto do Índio demonstrou-se ser um projeto equivocados, visto que não respeitava o modo de ser indígena, suas formas e expressões. Esperava-se a concessão da cidadania aos índios, uma vez que o



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Estatuto assim fazia referências, porém em troca da assimilação cultural, numa tentativa de eliminar a identidade nativa.

89. Tal perspectiva de política indígena teve seu curso alterado por meio da maior inovação no sistema de proteção: A Constituição Federal de 1988. Essa Carta se traduz no mais importante diploma legal até então, transformando-se no verdadeiro estatuto indígena.

90. Mesmo os dispositivos constitucionais, que não se referem expressamente ao indígena, podem ser aplicados, uma vez que os mesmos são considerados brasileiros nos moldes do art. 5º. Dessa forma, citam-se aspectos relevantes, tais como os objetivos fundamentais da República Federativa, os Princípios e os Direitos e Garantias Fundamentais. Destaco-os pela importância da construção até aqui proposta:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

III - autodeterminação dos povos;

*Art. 5.º **Todos são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Art. 20. São bens da União:

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XIV - populações indígenas;



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

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

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

(grifos nossos).

91. Observa-se o projeto político em relação às comunidades indígenas nos art. 210 e 215 da CF de 88. Ambos dispõem sobre a proteção dos processos próprios de aprendizagem, respeitando os índios na condição de protagonistas de sua própria história. Eleva-se a consideração das suas línguas maternas e a proteção de suas manifestações culturais, isto contrariando o projeto de assimilação do Estatuto do Índio¹⁵.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2.º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

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.

¹⁵ O Estatuto do Índio foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, naquilo que não a contrariou.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

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

92. Por fim, a Constituição ainda dedicou um capítulo próprio ao Índio, garantindo-se assim a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, conforme os arts. 231 e 232:

CAPÍTULO VIII

Dos Índios

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

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

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

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

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



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

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

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

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

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

(grifos nossos).

93. Importante a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca dos arts. 213 e 231 da Constituição Federal de 1988, destacando a sua finalidade fraternal e solidária e, ainda, confirmando a concretização constitucional dos indígenas à comunidade, porém com resguardo de sua identidade étnica, evidente no importante julgado da Corte acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na Petição 3388¹⁶:

“(...) Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de

¹⁶<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24.SCLA.+E+3388.NUMERO+29+OU+%28Pet.ACMS.+ADJ2+3388.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. **Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.** (...)” (Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nosso).

94. Para fins de evitar justamente que a letra da Constituição se tornasse morta, mais precisamente acerca da demarcação das terras indígenas, prevendo as implicações diversas existentes no processo, foi que o ADCT estabeleceu no seu art. 67 o prazo de conclusão até cinco anos, contados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988:

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de **cinco anos** a partir da promulgação da Constituição. (grifo nosso)



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

95. Acerca da proteção constitucional, exposta na CF de 88, em relação aos indígenas, vale a pena citar exposição do renomado professor José Afonso da Silva¹⁷:

“É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios, nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, autorização congressual para mineração em terras indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.”

96. Essa mesma Constituição Federal completou 25 anos de existência! O seu texto supera as expectativas acerca da proteção indígena em inúmeros aspectos, porém urge a necessidade de sua concretização, visando harmonizar interesses envolvidos, de modo a definir a conjuntura das demarcações, preservando assim a segurança jurídica necessária ao convívio social.

97. Pela relevância, exponho três importantes aspectos acerca da questão Indígena e a atual Constituição. Um primeiro é a construção do conceito da delimitação/definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, objeto de demarcação; o segundo é a questão do indigenato e o terceiro é a consideração acerca do prazo de demarcação definido no art. 67 do ADCT.

98. A primeira questão, que foi fruto de entendimento do Supremo Tribunal Federal, merece a devida atenção por se tratar do marco temporal dessas demarcações. Afinal, o que seriam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios? Todo o território nacional, apenas pelo fato dos indígenas serem os primeiros ocupantes?

99. Pondo fim a uma importante celeuma, definindo horizontes nesta seara, em essencial postura da Corte Maior que pode mitigar ou mesmo eliminar dúvidas provenientes do conflito social, a análise desse limite foi realizada na decisão acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na Petição 3388.

100. O STF expôs que a demarcação deveria referenciar uma data bem definida, que seria justamente o momento de sua promulgação, conceituando as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas que eles ocupavam

¹⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007. 29ª Ed. p. 853.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

quando da promulgação da Carta Maior. **A Excelsa Corte assinala ainda como terras indígenas as que não estavam ocupadas, porém cuja reocupação apenas não tenha ocorrido por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.**

101. E este último fato é bastante importante! Destaca o Pretório Excelso que nestes casos, a tradicionalidade da posse nativa não se perderia. Ou seja, analisando o caso dos autos, **Índios Xucurus Kariris, as suas Terras Tradicionais a serem demarcadas seriam as que os mesmos ocupavam no momento da promulgação da Carta de 88, bem como aquelas que estavam na iminência de ocupação, não se efetivando por motivo justificável, que seria a resistência dos não índios.**

102. Exige-se bastante cautela em relação a interpretações açodadas, que veiculem essa ocupação a períodos anteriores ao advento da Carta de 1988.

103. Há, porém, um grande equívoco quando se conclui que a ocupação deveria se dar de forma mansa e pacífica. Ora, a complexidade que envolve a disputa pelos direitos indígenas dificulta a posse mansa e pacífica das terras em poder dos índios. Por isso mesmo, o STF entendeu que a tradicionalidade da posse nativa não se perderia onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não havia ocorrido por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Vale citar o precedente do STF, que serve como verdadeira lei geral do processo de interpretação das demarcações e garantias constitucionais, na Petição 3388¹⁸:

“O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. **A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene;** ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e

¹⁸<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24.SCLA.+E+3388.NUMERO+29+OU+%28Pet.ACMS.+ADJ2+3388.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. (Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nosso).

104. A segunda questão que destaco com bastante importância é a figura do **indigenato**, que não se confunde com a posse tradicionalmente conhecida do direito civil.

105. O **indigenato** é a fonte primária da posse territorial, sendo um direito congênito, independentemente de título ou reconhecimento formal, enquanto a ocupação é título adquirido.

106. Esta figura jurídica é fundamental para se entender a posse indígena, visto que o **indigenato** é legítimo por si, não dependendo de requisitos



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

posteriores¹⁹. Conforme já citado no corpo desta sentença, o instituto do indigenato foi uma expressão cunhada originalmente por João Mendes Júnior²⁰, ainda no ano de 1912, a partir da interpretação do § 1º do artigo 24 do Decreto nº. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentava a Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850:

“O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação 'às posses que se acharem em poder de primeiro ocupante', estão sujeitas à legitimação aquellas 'que não têm outro título senão a sua ocupação'. Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existencia de primeiro ocupante que tem título distinto da sua ocupação. E qual póde ser esse primeiro ocupante, com título distinto da sua ocupação, senão o indigena, aquelle que tem por título o indegenato, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de Abril de 1680: 'quer se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primarios e naturaes senhores das terras'.

107. Vale citar novamente as lições do eminente professor José Afonso da Silva que, igualmente, retrata o conceito do indigenato²¹:

“Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o

¹⁹ José Afonso da Silva, idem, p. 859.

²⁰ **Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos**, João Mendes Junior, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pp.58-60, apud Hilário Rosa e Tales Castelo Branco. **Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira**. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67436,101048-Direito+dos+indios+a+terra+no+passado+e+na+atualidade+brasileira>, disponível em 09 de março de 2015.

²¹ José Afonso da Silva, idem, p. 858.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.”

108. O Supremo Tribunal Federal assegurou aos indígenas Pataxó Hã-Hã-Hã o direito sobre as terras localizadas na Reserva Caramuru-Catarina Paraguassu, localizada no sul do Estado da Bahia²². Neste importante julgado reafirmou o indigenato, estabelecido no sistema legal brasileiro pela Lei nº 601/1850 e previsto nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e Emenda de 1969, e 1988. Por fim, destaco mais um trecho da decisão da Corte acerca do caso Raposa Serra do Sol, onde se observa a característica da posse, na petição 3388²³:

“Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parêntese com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). **O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil.**” (Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nosso).

109. Por fim, como terceira questão, trago o entendimento do Pretório Excelso acerca do prazo estabelecido no art. 67 do ADCT. O STF entende não ser decadencial, mas um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas **dentro de um período razoável**²⁴. Ou seja, apesar do prazo constitucional de cinco anos como marco final no processo de demarcação das terras indígenas não ser peremptório, o STF destaca que ao menos deve acontecer **dentro de um prazo razoável.**

²² ACO nº 312.

²³ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24.SCLA.+E+3388.NUMER.+%29+OU+%28Pet.ACMS.+ADJ2+3388.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>

²⁴ MS 26.212/DF, embargos declaração, Embte. Agropecuária Pedra Branca; bem: União. Relator Ricardo Lewandowski



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

110. Além do cenário constitucional, frisa-se a preocupação internacional com os Povos Indígenas, estampada especialmente na Convenção 169 OIT de 1989, que dispõe sobre os Povos Indígenas e Tribais. O governo do Presidente Lula promulgou a Convenção, conforme decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Para tanto, cito o disposto no artigo 2º, atribuindo a responsabilidade dos governos signatários:

“Artigo 2º

Os governos terão a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática para proteger seus direitos e garantir respeito à sua integridade

ARTIGO 3º

1. Os povos indígenas e tribais desfrutarão plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais sem qualquer impedimento ou discriminação.

As disposições desta Convenção deverão ser aplicadas sem discriminação entre os membros do gênero masculino e feminino desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais desses povos, inclusive os direitos previstos na presente Convenção.” (grifos nossos).

II.4 - Demarcação da Terra Indígena Xucuru Kariri no Município de Palmeira dos Índios

111. Neste ponto, analiso a identidade do povo Indígena Xucuru Kariri e suas raízes no Município de Palmeira dos Índios/AL.

112. De acordo com informações constantes no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) da Terra Indígena Xucuru Kariri (fls. 268 a 450, 2º volume do processo FUNAI/3ª SUER/015/1989), transcrito no documento de fls. 145 a 148 dos autos, pela própria FUNAI, de autoria da antropóloga Siglia Zambrotti Doria, a Terra Indígena Xucuru Kariri está localizada no Município de



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Palmeira dos Índios, Estado de Alagoas e apresenta uma superfície de 7.073 ha (sete mil e setenta e três hectares), com um perímetro de 48 km (quarenta e oito quilômetros), aproximadamente.

113. Ainda na análise do referido documento, observa-se que a presença dos indígenas na região possui registros bastante antigos, datada desde o século XVIII, com referências à construção de uma capela consagrada ao Senhor Bom Jesus da Morte com a ajuda dos indígenas, entre 1773 e 1780. E foi ao redor desta Capela que se estabeleceu o antigo aldeamento indígena, cuja demarcação havia sido autorizada em 1822, concedida por sentença judicial no século XIX. Na época, a área demarcada consistia em 12.320 ha (doze mil trezentos e vinte hectares).

114. Dessa forma, resta evidente a legitimidade da ocupação desse povo Xucuru Kariri às terras da região de Palmeira dos Índios nos primórdios do surgimento da própria cidade.

115. Vislumbra-se, todavia, que a região também vinha sendo ocupada por não índios, propiciando em 1835 a criação da Vila de Palmeira dos Índios. Na sequência, em 1872, o Presidente da Província de Alagoas extinguiu os aldeamentos indígenas, transformando suas terras em domínio público, tornando-as devolutas. Em decorrência desse ato, pode-se concluir a existência, desde essa época, da ingerência política na região, embora sem o compromisso de pacificar o conflito, visto que até hoje não existe posse tranqüila da terra indígena.

116. A referência mais antiga aos Índios Xucuru de Palmeira dos Índios encontra-se em documento de posse do Arquivo Paroquial da Diocese de Palmeira dos Índios, intitulado “História de Palmeira”, escrito por um pároco local entre 1847 e 1889.

117. Em síntese, de acordo com o pároco, os índios Xucuru teriam migrado da aldeia Simbres (atual Município de Pesqueira), Pernambuco, em 1740, em função da grande seca ocorrida no Nordeste e se estabelecido nas margens do ribeirão da Cafurna, entre as terras da Fazenda Olho d'Água do Acioly e a serra da Palmeira, enquanto que os Cariris teriam vindo posteriormente da aldeia do Colégio de São Francisco (atual Município de Porto Real do Colégio), da etnia Waconã e se estabelecido na serra do Cariry, onde construíram uma pequena capela no atual sítio chamado Igreja Velha. Os sobreviventes Wakoná ou Aconã da Serra da Cafurna, em Palmeira dos Índios, já em 1938 atribuíram-se o nome Shucuru-Kariri.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

118. Apesar desse contexto inicial, é notória a gritante violência aos indígenas, evidenciada com a criação do Diretório dos Índios em 1757, abolindo o uso de idiomas nativos e exigindo que os índios adotassem sobrenomes tirados de famílias de Portugal. Este fato conduz à conclusão da violência à cultura e à própria existência dos índios, prejudicando a sua identidade. Porém, a língua persistiu falada durante todo o século, principalmente nos rituais religiosos e de cura.

119. A própria FUNAI, fl. 146, evidencia a existência de conflitos bastante antigos:

“Os documentos históricos do início do século XIX continuaram registrando a ocorrência de conflitos fundiários entre índios e não índios pela posse da terra.”

120. Na década de 30, o antropólogo Carlos Estevão de Oliveira, do Museu Goeldi, de Belém, chegou à região, encontrando os remanescentes indígenas espalhados pela periferia da cidade e em alguns pequenos sítios onde praticavam a agricultura. Ele então apresentou a conjuntura encontrada ao Serviço de Proteção ao Índio e, finalmente, na década de 1950, o Inspetor do SPI Diocleciano de Souza Nenê realizou um censo, apontando a existência de 44 famílias, com 247 pessoas na região. No ano de 1952, o SPI adquiriu uma propriedade particular, a Fazenda Canto, instalando assim uma aldeia dos Xucuru Kariri.

121. Segundo a FUNAI, conforme fls. 147, foi a partir desse ato do SPI, comprando a Fazenda Canto que, devido à saturação demográfica, os indígenas passaram a provocar a recuperação de suas áreas perdidas, ocupando, já no ano de 1979, a Mata da Cafurna, solicitando assim a sua regularização. O Município de Palmeira dos Índios, então, cedeu aos índios o território ocupado, porém tal área revelou-se insuficiente diante do crescimento de seus descendentes.

122. Apesar dessa propriedade adquirida pelo próprio SPI, com título legítimo, sequer estas terras foram demarcadas no atual estágio da tribo Xucuru Kariri, conforme se verifica nos autos, em decorrência da suspensão do processo de demarcação.

123. Na sequência, quase dez anos depois, já em 1988, a população total cadastrada era de 634 índios, com 125 famílias, das quais 107 habitavam a Fazenda Canto e 18 famílias (70 pessoas) a Fazenda Cafurna, com inúmeros índios dispersos na periferia da cidade e vizinhanças.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

124. Nesta linha, a FUNAI deu início aos sucessivos Grupos de Trabalho que, conforme já relatado pelo membro do MPF, não conseguiram lograr êxito, por razões diversas, até a criação do quarto e último Grupo de Trabalho.

125. A FUNAI relata a criação e o desfecho dos Grupos de Trabalho, conforme fls. 147 e 148. Segundo ela, o Grupo Técnico de 1988, cuja portaria nº 0411, de 11 de abril de 1988 e nº 061, de 22 de abril de 1988 teve uma a proposta de delimitação que esbarrou em constrições legais apontadas pelo Ministério Público e, tendo em vista a persistência do impasse, o processo foi interrompido. Em 1996, foi finalizado um relatório técnico antropológico, no entanto sem apresentar proposta de delimitação. Em 1997, foi criado mais um Grupo Técnico, cuja portaria nº 689/PRES, para identificar e delimitar a Terra Indígena Xucuru Kariri. Entretanto, passados mais de quatro anos, o relatório de identificação não havia sido entregue. Inúmeras prorrogações da permanência deste novo GT em campo foram concedidas e a pressão local cresceu de maneira exponencial. Em 2005, o referido relatório foi reprovado pela CGID/DAF, principalmente porque não apresentou descrição justificada da referida terra indígena.

126. Por fim, a FUNAI designou nova antropóloga, Siglia Zambrotti Doria, da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação da então Diretoria de Assuntos Fundiários da FUNAI, para concluir os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri e, por meio do Despacho nº 39, de 17 de outubro de 2008, o Presidente da FUNAI aprovou as conclusões objeto do resumo RCID, reconhecendo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri.

127. Enfim, em 15 de dezembro de 2010, a República Federativa do Brasil reconhece a existência da terra indígena Xucuru Kariri, através da Portaria do Ministério da Justiça nº 4.033/2010, homologando o relatório que fora publicado em 2008, reconhecendo uma área de 6.927 hectares.

128. Apesar do tempo, o processo final de demarcação, ao que parece, foi suspenso, transformando-se em mais um capítulo de frustrações na vida dessa tribo indígena, limitando-se a FUNAI a contestar a presente ação, defendendo a não existência de mora. Porém, não é o que parece, algo que será explicado mais adiante!

129. Nesta incongruência, em relação aos seus direitos fundamentais mais elementares, os índios Xucuru Kariri iniciaram um processo denominado de retomada. Para eles, as retomadas são ações de grande significado na luta pela terra, sendo iniciativas das próprias comunidades indígenas. Com isso, buscam reaver as terras, como direito legítimo de seu povo.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

130. Conforme documento acostado aos autos, fl. 289, o Povo Indígena Xucuru Kariri oficiou ao Ministério Público Federal, explicando os procedimentos de retomadas. Destacam que a aldeia Cafurna de Baixo está retomando quatro pequenos imóveis e que em 12 de dezembro de 2012 foram retomadas mais três áreas. Afirma ainda que a Fazenda Canto realizou uma retomada em outubro de 2011 e a Fazenda Coité outra em outubro de 2012.

131. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região já teve oportunidade de se manifestar acerca do processo de retomada, inclusive em caso envolvendo os próprios Xucuru Kariri, descaracterizando a definição indígena e denominando-a de invasão, confirmando a sentença que determinou a expedição de mandado proibitório contra os indígenas. Neste sentido:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. PROPRIEDADE RURAL. IMINÊNCIA DE INVASÃO POR ÍNDIOS DA TRIBO XUCURU-CARIRI. PROCEDÊNCIA. POSSE DE BOA-FÉ E COM JUSTO TÍTULO. APELAÇÕES E REMESSA NECESSÁRIA, TIDA POR INTERPOSTA, IMPROVIDAS.

1. Interdito Proibitório ajuizada por Odete Tenório Torres em face da União, tendo como litisconsortes passivas necessárias a Comunidade Indígena Xucuru/Cariri, e a Fundação Nacional do Índio -FUNAI, objetivando a expedição de mandado proibitório de turbação/esbulho do imóvel denominado Fazenda 'Aparecida da Carangueija', localizado no Município de Palmeira dos Índios/AL, sob o fundamento de que é proprietária do mesmo, que se encontra sob a ameaça de ser invadido por pessoas vinculadas à comunidade indígena Xucuru-Cariri.

(...)

10. **Comprovado nos autos que os indígenas da tribo Xucuru-Cariri vem promovendo a invasão de inúmeros imóveis rurais no Município de Palmeira dos Índios/AL**, inclusive no imóvel objeto do presente interdito proibitório, configurando-se, assim, ameaça à posse da Autora, possuidora de boa-fé e com justo título, é de ser confirmada a sentença, que determinou a expedição de mandado proibitório em seu favor, visto achar-se a sua posse, injusta,



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

e ilegalmente ameaçada. Apelações e Remessa Necessária, tida por interpostas, desprovidas. (Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região Classe: Apelação Cível - AC504259/AL Número do Processo: 200880010001182 Código do Documento: 310112, Data do Julgamento: 04/10/2012, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 16/10/2012 - Página 164). (grifo nosso).

132. Fato evidente é que o processo de retomada se demonstra como conseqüência do atraso das demarcações das terras indígenas, o que confirma ainda mais a tese da existência do perigo da demora, coerente com a concessão da liminar requestada pelo autor.

133. Prova disso é que as retomadas, conforme documento de fl. 289, se dão, em sua maioria, nos anos de 2011 e 2012, justamente após a paralisação da demarcação. Veja-se que em 15 de dezembro de 2010 o Ministério da Justiça homologa, através da Portaria nº 4.033/2010, o relatório que fora publicado em 2008, reconhecendo como terra indígena uma área de 6.927 hectares. E em seguida, diante da paralisação, os indígenas resolveram iniciar retomadas. Nas palavras dos mesmos, estampada em documento de fl. 289:

“Ressaltamos, no entanto, que as retomadas se dão devido à morosidade da FUNAI em concluir o procedimento administrativo de regularização de nossa terra e que as mesmas são deliberadas em assembléia do povo Xukuru-Kariri, que se realiza anualmente.”

II.5 - Poder discricionário da Administração, Controle judicial de políticas públicas, reserva do possível e Separação de Poderes

134. Aduzem a FUNAI e a União que a Administração Pública pode traçar, com base nos critérios de razoabilidade, metas e prioridades para a concretização dos procedimentos demarcatórios, daí ser uma opção discricionária dos entes



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

públicos a demarcação das Terras Indígenas. Eventual determinação judicial no sentido de estabelecer um prazo fatal para a conclusão do procedimento demarcatório como um todo seria ingerência indevida do Judiciário, na análise dos réus.

135. Os réus destacam ainda que a demarcação, em se tratando de implantação de políticas públicas, se insere, prioritariamente no âmbito das funções institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, não sendo dado ao Poder Judiciário substituir as instâncias constitucionalmente competentes para tanto e determinar a efetivação de políticas governamentais, sob pena de violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Denunciam, inclusive, que haveria violação da Cláusula de Reserva do Possível, que seria um limite à atuação do Poder Judiciário, diante da inexistência de disponibilidade financeira do Estado.

136. Sem razão os argumentos expostos pelos réus! Vejamos!

137. Dentre as justificativas apresentadas, merece destaque a insuficiência de disponibilidade financeira para concluir o processo. É certo que todos os direitos possuem um custo. Contudo, esse argumento não pode servir de justificativa interminável para a omissão estatal. Em certos casos, diante de direitos ligados essencialmente à dignidade humana, a razoabilidade da justificativa deve possuir um critério mais aguçado. Explico! “Quanto mais essencial for a prestação de um direito, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”.

138. Verificando os autos, não foram demonstradas justificativas que pudessem comprovar um grau de excepcionalidade para que a demarcação não fosse finalizada.

139. O princípio da reserva orçamentária não pode servir de limite à manutenção de omissões. Assim expõe Ricardo Lobo Torres²⁵:

“A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) **A possibilidade de superação do princípio da reserva orçamentária no caso de**

²⁵ O Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.”. (grifo nosso).

140. Apesar dessas considerações, que já seriam suficientes por si só, observo ainda que no documento de fl. 360 há o empenho de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pactuado para a delimitação, demarcação e regularização das Terras Indígenas Xukuru Kariri, daí que não se justifica a informação de que o dinheiro necessário não existe.

141. A concretização de um direito, mesmo tratando-se das prestações mais básicas, tem como consequência a produção de efeitos financeiros nas contas públicas, ainda mais quando muitos são os seus destinatários. Contudo, isso não poderia servir como limite absoluto à concretização de direitos fundamentais, razão pela qual estes poderiam ter peso maior que motivos político financeiros²⁶.

142. Não deveria ser estranho o Magistrado intervir na seara orçamentária, uma vez que há precedentes diversos, confirmando essa possibilidade. Seja de forma direta ou indireta, não é de hoje que o Judiciário interfere na composição do orçamento público. Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior²⁷:

“Cumpre-nos esclarecer, ademais, que não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele está de certa forma, interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial.”

143. A doutrina mais abalizada costumou-se denominar esses limites de reserva do possível. Originou-se, em princípio, de uma idéia razoável, para se

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 513/514.

²⁷ Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. Bahia: Jus Podium, 2008, p. 719



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

evitar uma possível atuação substitutiva do Judiciário aos demais Poderes. O núcleo principal dessa teoria era o respeito, pelo Poder Judiciário, aos limites causados pelos altos custos financeiros da concretização de direitos, além de outros fatores burocráticos.

144. Contudo, até mesmo essa teoria passou a ser relativizada, com a adoção de uma visão mais principiológica, pretendendo-se a superação até mesmo dos limites orçamentários quando confrontados, de forma incontornável, com o princípio da dignidade humana²⁸.

145. A teoria em comento (*Vorberhalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, sendo considerada como um obstáculo para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, a realidade histórico-social daquele país é diferente do Brasil. Na Alemanha, por exemplo, não é comum a existência de tantas pessoas sem hospitais públicos ou escolas primárias. Ou seja, a teoria da reserva do possível surgiu em um país desenvolvido, diferente do nosso, o que requer cuidados em sua aplicação²⁹. Ela deve ser discutida sob a ótica do princípio da proporcionalidade e não se trata, como regra geral, de um limite à prestação de um núcleo essencial de direitos fundamentais.

146. O STF se pronunciou sobre a reserva do possível em muitos julgados, destacando-se o RE 436996/SP³⁰:

(...) Cumpre advertir, desse modo, 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. (...)

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo, **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”** SARLET, Ingo Wolfgang & TIMM, Luciano Benetti (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

²⁹ KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 107.

³⁰ STF, 2ª T, rel. Ministro Celso de Mello, unanimidade, 22/11/05, RE 436996/SP, DJ 03/02/2006.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

147. Da mesma forma, não merece amparo a tese de que a matéria em apreço se trata de discricionariedade da administração pública. O Poder Judiciário pode interferir na esfera de atuação administrativa em muitos casos. Na questão da demarcação das Terras Indígenas, não se trata de discutir matéria discricionária da Administração, como também não é poder do Gestor Público decidir se vai ou não demarcar, sob pena de flagrante arbitrariedade (e não discricionariedade!), no descumprimento evidente das obrigações constitucionais. Aliás, a própria CF de 88 ficaria sem utilidade, tornando sua letra morta, diante da imprevisibilidade de sua concretização.

148. Nesta seara, os réus têm a obrigação constitucional de efetivar a demarcação e, ainda, com o dever de esclarecer **como** e **quando**, sendo estes dois aspectos também sujeitos ao controle judicial.

149. Quanto à possibilidade do Judiciário controlar as políticas públicas, o STF já se pronunciou, como no RE 436996/SP, analisando a prestação do direito de crianças de até seis anos de idade, em relação ao atendimento em creche e pré-escola. Na ocasião, o relator Ministro Celso de Mello enfatizou que os preceitos constitucionais servem de limites à chamada discricionariedade administrativa. Destacou ainda que, de modo excepcional, há possibilidade do Judiciário determinar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição de 88³¹:

(...) Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...) (grifos nossos).

³¹ STF, 2ª T, rel. Ministro Celso de Mello, unanimidade, 22/11/05, RE 436996/SP, DJ 03/02/2006.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

150. O papel do Judiciário neste controle fica evidente nas palavras de Paula Afonsina Barros Ramalho³², a qual alerta que a decisão seja fundamentada através dos princípios constitucionais, evitando-se razões políticas:

“O problema surge justamente quando o órgão democraticamente legitimado permanece inerte, ao não prever, por exemplo, alocação de recursos para a implementação de uma política pública já traçada, ou então quando age em desconformidade com as escolhas prioritárias feitas pela Constituição, ao deixar de desenvolver uma política pública de habitação sob as escusas de falta de dinheiro, ao passo em que veicula, na peça orçamentária, uma exponencial rubrica para a propaganda governamental, para a compra de luxuosos veículos para o transporte de autoridades públicas, para a realização freqüente de shows, etc. (...) **Nestes casos, parece claro que é função do Judiciário corrigir essas distorções, ainda que isso implique assumir uma posição contramajoritária.** Mas ao fazê-lo, não pode basear-se em razões de política (...) **Esse alerta chama a atenção também para a importância capital dos princípios constitucionais, pois serão eles os fornecedores da base material legitimadora para as decisões judiciais**”.(grifos nossos).

151. Em um regime democrático, diante da consagração do sistema de “freios e contrapesos” e da mitigação da rigidez do Princípio da Separação de Poderes, resta ao Judiciário inclusive o controle das escolhas do Executivo e do Legislativo, quando se violam preceitos constitucionais. Numa ponderação objetiva, é possível se definir até a prioridade nesta execução.

152. O princípio da separação de Poderes, exposto de forma coerente e sistematizado pelo filósofo Montesquieu, tem como objetivo moderar o Poder do Estado dividindo-o em funções e dando competências a seus diferentes órgãos. Assim, surgiram teorias de que o Judiciário, ao tentar concretizar direitos sociais, estaria violando a separação de poderes, uma vez que estaria se “intrometendo” no direcionamento das políticas públicas.

³² Tese de Mestrado pela UFAL: A Revisão Judicial das escolhas e da execução orçamentárias como estratégia de efetivação dos Direitos Fundamentais Prestacionais, p. 11.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

153. Logo, tal obstáculo ficou superado, principalmente porque os demais Poderes constituídos se mostraram incapazes de garantir o cumprimento racional dos comandos constitucionais³³.

154. A fundamentação de agir do Judiciário possui previsão constitucional, fazendo parte de sua própria função típica. Assim, um Judiciário omissivo incorreria em violação dos seus deveres constitucionais.

155. O Poder Judiciário não vai substituir a atividade dos demais Poderes, porém o controle das decisões administrativas, das políticas públicas e dos programas político-legislativos são corolários do Estado Democrático de Direito. Quando a atuação dos demais Poderes na prestação de direitos sociais encontra-se em contradição com os paradigmas traçados pelo constituinte ou se apresentem sem nexos de razoabilidade, resta claro a possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho³⁴ (*apud* LOBO TORRES):

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser que se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis. (grifo nosso).

II.6 - Princípio da razoável duração do processo administrativo

156. O MPF ajuizou a presente ação civil pública, relatando um atraso injustificado no processo de demarcação, conforme se verifica na fl. 19:

³³ KRELL, Andréas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 241.

³⁴ **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

“(...) e até a presente data, **quase 600 dias** da sua publicação, o órgão indigenista ainda não concluiu o processo demarcatório, faltando o cumprimento do art. 2º, § 10, II e dos arts. 4º, 5º e 6º do Decreto (...)”

157. Para facilitar o entendimento do atraso injustificado da demarcação, em discordância com o decreto nº 1775/1996, exponho o quadro abaixo. Destacam-se três colunas, sendo que a primeira trata do resumo do procedimento a ser seguido, a segunda coluna trata do procedimento legal, previsto no dec. Nº 1775/96 e a terceira coluna trata do cumprimento da exigência normativa. Observe:

Resumo da determinação normativa	Decreto nº 1775/96	<u>Diagnóstico do cumprimento da exigência normativa</u>
Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai	Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.	<u>O trabalho antropológico já foi desenvolvido, embora com bastante atraso, pela antropóloga Siglia Zambrotti Doria, concluindo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri em 2006.</u>
	§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-	Idem



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

	histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.	
Contraditório administrativo;	§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.	<u>Procedimento que permite a participação dos grupos indígenas envolvidos, já concluído no atual estágio da demarcação.</u>
Contraditório administrativo;	§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.	<u>Procedimento que permite a participação da sociedade civil e dos órgãos públicos, já concluído no atual estágio da demarcação.</u>
	§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.	<u>Por meio do Despacho nº 39, de 17 de outubro de 2008, o Presidente da FUNAI aprovou as conclusões objeto do resumo RCID, reconhecendo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri.</u>
	§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura	<u>Procedimento concluído, conforme Diário Oficial da União, seção 1, nº 203, segunda feira, 20 de outubro de 2008, p. 43</u>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

	Municipal da situação do imóvel.	
	§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.	<u>Procedimento já concluído, uma vez que o ato foi publicado em 20 de outubro de 2008, esgotando-se assim o prazo exigido.</u>
	§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.	<u>Procedimento realizado, uma vez que já houve o ato declaratório do Ministro da Justiça.</u>
Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça;	§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá: I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no	<u>Portaria nº 4.033, de 14 de dezembro de 2010, o Ministro da Justiça declara a posse permanente do grupo indígena xucuru kariri à terra com superfície aproximada de 6.927 há, com as delimitações, determinando, em seu art. 2º, que a Funai promova a demarcação</u>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

	<p>prazo de noventa dias;</p> <p>III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.</p>	<p><u>administrativa das terras indígenas ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do art. 19, § 1º da lei nº 6001/73 e do art. 5º do decreto 1775/96.</u></p> <p><u>Porém, as diligências previstas no item II do § 10º do decreto 1775/96 não foram cumpridas até o presente momento.</u></p>
<p>Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incra;</p>	<p>Art. 3º Os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto.</p>	
<p>Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incra;</p>	<p>Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.</p>	<p>Procedimento não cumprido pelo Incra</p>
<p>Homologação da</p>	<p>Art. 5º A demarcação das terras</p>	<p>Procedimento ainda não</p>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

demarcação, a cargo da Presidência da República;	indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.	cumprido
	Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.	Procedimento ainda não cumprido.
Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-índios que atendem ao perfil da reforma, a cargo do Incra; viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai.		Embora não tenha concluído o processo de demarcação das terras dos Xucurus Kariris, a FUNAI esclareceu que a mesma prosseguiria, embora a passos lentos, conclusão que se pode retirar das informações prestadas pelo Coordenador Regional da FUNAI, Vieira Campos (fls. 92 a 94). Ele aduz que já existia um processo, tratando da licitação para a contratação da empresa especializada na demarcação da área e que já haviam sido realizadas as avaliações das benfeitorias de boa fé dos ocupantes já cadastrados.

158. Pois bem! Esta é a realidade do atual processo de demarcação, tendo suas atividades suspensas, restando **a continuação com a demarcação administrativa da terra pela Funai, para posterior homologação pelo**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

presidente da República, conforme exigência expressa no decreto 1775/96 e no art. 2º da portaria do Ministério da Justiça, n. 4033/2010.

159. Com respeito ao agravo de instrumento AG 135754/AL, processo 00430192620134050000, julgado pelo egrégio TRF da 5ª Região, em 25/03/2014, contra a decisão liminar deferida por este juízo, faço um pequeno esclarecimento. A referida decisão utilizou, como fundamento, o exposto a seguir:

*“(...) 2. Hipótese em que se mostra plausível a alegação da União no sentido de que a demora na conclusão do procedimento demarcatório decorre da necessidade de assegurar-se **o exercício do contraditório, nos termos do parágrafo 8º do art. 2º do Decreto n.º 1.775/1996.***

3. Uma vez tomadas as providências previstas no parágrafo 7º do art. 2º do Decreto n.º 1.775/1996, com vistas à designação de Grupo de Trabalho com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica e cartografia, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, e uma vez apresentado (...).”

160. Porém, data vênia, o contraditório e o fiel cumprimento dos termos do parágrafo 8º, do art. 2º do decreto nº 1775/1996 já foram realizados pela Funai, tendo sido, inclusive, concluídas a etapa seguinte, com a publicação do ato declaratório do Ministro da Justiça (portaria MJ, nº 4.033, de 15 de dezembro de 2010).

161. Da mesma forma, em etapa anterior, foi cumprida as disposições previstas no § 7º do art. 2º do decreto nº 1775/1996, conforme despacho nº 39, de 17 de outubro de 2008, tendo o Presidente da FUNAI aprovado as conclusões objeto do resumo RCID, reconhecendo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri.

162. **Dessa forma, o processo de demarcação encontra-se suspenso, restando o prosseguimento com a demarcação, nos termos do § 10 do art. 2º e artigos seguintes do decreto 1775/96, não havendo mais que se aguardar o contraditório, posto que já exaurida essa fase.**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

163. Embora ainda não tenha concluído o processo de demarcação das terras dos Xucurus Kariris, a FUNAI esclareceu que a mesma prosseguiria, embora a passos lentos, conclusão que se pode retirar das informações prestadas pelo Coordenador Regional da FUNAI, Vieira Campos (fls. 92 a 94). **Ele aduz que já existia um processo, tratando da licitação para a contratação da empresa especializada na demarcação da área e que já haviam sido realizadas as avaliações das benfeitorias de boa fé dos ocupantes já cadastrados.**

164. Ou seja, embora com bastante atraso, máxime a observação feita pelo autor de que já existiam 600 dias de mora, desde a publicação da portaria do Ministério da Justiça, sem a conclusão da demarcação, esta estaria com o seu curso prosseguindo, conforme documentos acostados pela própria FUNAI. Dessa forma, observa-se neste ponto que os índios Xucurus Kariris tiveram o reconhecimento de suas terras mediante a publicação da Portaria MJ nº 4.033/2010; foram recepcionados, no entanto, pela mora na demarcação. **Porém, a própria FUNAI sinalizou de forma positiva, explicando que o processo final estaria caminhando, apesar da demora evidente.**

165. Quando da análise da primeira liminar requestada, esta fora negada argumentando o Magistrado autor, em fls. 107 a 109, pela necessidade de um exercício de cognição mais aprofundado acerca do trâmite administrativo que objetiva tornar possível a execução da delimitação estatuída pelo art. 1º da Portaria MJ nº 4.033/2010, notadamente quanto à **constatação de eventual ocorrência de mora injustificada dos entes administrativos responsáveis**, ora réus, em embaraçar o cumprimento das providências necessárias. Percebe-se, assim, que a verificação da mora numa cognição melhor construída foi o principal motivo do indeferimento naquele primeiro momento.

166. Para se ter uma ideia de que existe realmente atraso injustificado, a própria FUNAI, em sua contestação na fl. 117, explicou que estaria fazendo a sua parte, cumprindo com a sua obrigação, destacando o andamento dos diversos Grupos de Trabalho que haviam sido criados com o intuito de delimitar a terra indígena Xucuru Kariri. **Observe que o segundo GT apenas foi criado em 1997, quase dez anos após o primeiro e que, desde 1988, ano de início do primeiro GT, até a homologação do último GT, passaram-se vinte e dois anos.**

167. Embora o objetivo da ré tenha sido apenas explicar o trabalho realizado ao longo dos anos, nesta peça contestatória, há a prova do longo tempo, em um processo que foge dos padrões razoáveis da celeridade administrativa. Vejamos as explicações da FUNAI:



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

- a) **Grupo Técnico de 1988**, portaria nº 0411, de 11 de abril de 1988 e nº 061, de 22 de abril de 1988: “a proposta de delimitação esbarrou em constrações legais apontadas pelo Ministério Público e, **tendo em vista a persistência do impasse o processo foi interrompido**” (grifos nosso).
- b) **Grupo Técnico de 1997**, portaria nº 689/PRES, para identificar e delimitar a Terra Indígena Xucuru Kariri – **Entretanto, passados mais de quatro anos, o relatório de identificação não havia sido entregue**. (grifos nosso).
- c) Inúmeras prorrogações da permanência deste novo GT em campo foram concedidas e **a pressão local cresceu de maneira exponencial**. Em **2005**, o referido relatório foi reprovado pela CGID/DAF, principalmente porque não apresentou descrição justificada da referida terra indígena. (grifos nosso).
- d) **A FUNAI designou então nova antropóloga, Siglia Zambrotti Doria**, da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação da então Diretoria de Assuntos Fundiários da FUNAI, **para concluir os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri e, por meio do Despacho nº 39, de 17 de outubro de 2008, o Presidente da FUNAI aprovou as conclusões objeto do resumo RCID, reconhecendo os estudos de identificação e delimitação da Tribo Indígena Xucuru Kariri**.

168. Apesar dessas observações, a FUNAI informa, na fl. 118, que **tem concentrado esforços a fim de acelerar o processo de desintrusão da Terra Indígena, nos moldes do Decreto 1.775/96**, assim como para proceder à demarcação física da área, que foi declarada de posse permanente. Apresenta, por fim, **a previsão que ainda no ano de 2012, os ocupantes de boa fé seriam indenizados e retirados da área da Terra indígena Xucuru Kariri**.

169. **Ora, estamos em março de 2015 e o processo ainda não foi concluído, embora tenha feito menção ao ano de 2012 como período final!** Apesar de se referir ao decreto 1.775/96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, a FUNAI não vem cumprindo com o disposto em seus artigos, mais precisamente em relação aos prazos



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

definidos, de trinta dias e/ou noventa dias para cumprimento de diligências. O art. 2º, § 10, inc. II do referido Decreto assim dispõe:

*“§ 10. Em até **trinta dias** após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:
I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;
II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas **no prazo de noventa dias;**” (grifos nosso).*

170. A demarcação possui uma importante fase, que permite a oitiva e participação da sociedade e dos órgãos públicos, o que retira um caráter unilateral da demarcação. Assim, antes mesmo da **identificação e delimitação da área, conforme o § 5º do art. 2º do dec. 1775/96,** no prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, **os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.**

171. Ainda, mesmo após a identificação e delimitação da área, aprovado o relatório do antropólogo pelo titular do órgão da Funai, haverá publicidade, visto que deve haver publicação no Diário Oficial da União, conforme §7º. Por fim, o decreto garante, conforme § 8º, a possibilidade aos Estados e Municípios, **em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.**

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

172. Dessa forma, dentro do processo demarcatório das terras indígenas Xucuru Kariri, houve possibilidade dos entes públicos se manifestarem, bem como os demais interessados, permitindo-se a apresentação de provas pertinentes, garantindo-se assim ampla participação da sociedade.

173. **O Ministro da Justiça declarou a posse permanente do grupo indígena Xucuru Kariri sobre as terras delimitadas, através da portaria nº 4.033, de 14 de dezembro de 2010, dois anos após a aprovação do estudo antropológico pela Funai. As diligências contidas na Portaria ministerial deveriam ser cumpridas num prazo de 90 dias, conforme exigência do § 10º do decreto 1775/96.** Assim encontram-se expresso no art. 2º do referido decreto:

Art. 2º A FUNAI promoverá a demarcação administrativa da Terra indígena ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do art. 19, §1º, da Lei nº 6001/73 e do art. 5º do Decreto nº 1775/96.

174. Situação que bem expõe a oscilação e imprevisibilidade da demarcação é o documento acostado aos autos, fls. 258 e 259, ofício nº 163/2013/GAB/CR Nordeste I/FUNAI. Através dele, a FUNAI apresenta, em princípio, novas e importantes informações acerca da continuidade do processo demarcatório. Aduz que a empresa Seta – Serviços Técnicos e de Agrimensura, após a autorização no Memorando nº 63/CGGEO/2013, de 15 de fevereiro de 2013, concluiu a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri no mês de abril de 2013. Vale à pena conferir o trecho:



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

“A Coordenação Regional Nordeste I realizou procedimentos licitatórios, na forma de pregão eletrônico, visando à contratação de empresas especializadas para fornecimento de combustível e derivados do petróleo, de forma parcelada, pelo período de 180 dias; e para a locação de quatro veículos, pelo mesmo período, para atender a demanda logística na execução das ações de avaliação de benfeitorias dos ocupantes não indígenas na Terra Indígena Xucuru Kariri, Município”

“A previsão para o início dos trabalhos de campo do Grupo Técnico a ser instituído nominalmente pela presidência da FUNAI é para meados de julho de 2013, cumprindo assim mais uma etapa para a regularização fundiária da referida área.”

175. Dessa forma, a previsão da FUNAI, através do referido documento, **seria de concluir o processo com os trabalhos de campo com início em julho de 2013.** Novamente, apesar desta informação, resta finalizado o prazo, porém sem a conclusão do processo de demarcação.

176. Em **outubro de 2012**, conforme fl. 291 dos autos, em documento intitulado “Ata da Reunião com as lideranças e representantes indígenas Xucuru Kariri, **a FUNAI estabelece um prazo para os índios, considerando a demarcação física com início em dezembro de 2012; prazo para a constituição e deslocamento da comissão de pagamento até o dia 26 de dezembro de 2012; previsão para início dos trabalhos nas demais ocupações de não índios existentes na área para março de 2013.**”

177. Trata-se de documento de grande importância, uma vez que a FUNAI publica um cronograma de suas atividades. Porém, os prazos, mais uma vez, não foram respeitados!

178. **A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 5º, inciso LXXVIII que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".**

179. Isto significa que não apenas os processos judiciais, mas também os administrativos devem ter sua tramitação de forma célere, não gerando prejuízos na prestação de direitos, sob pena do excesso de prazo para a conclusão do



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

processo ou a indefinição do mesmo ocasionar graves situações de riscos aos destinatários.

180. Neste sentido, o processo de demarcação deve prosseguir em prazo razoável, não podendo haver mora abusiva, sob pena de desrespeito ao postulado constitucional insculpido no art. 5, inc. LXXVIII. Nesta linha, a Professora Odete Medauar³⁵ dispõe de forma bastante elucidativa:

“No âmbito administrativo esse princípio mantém vínculo estreito com o da eficiência e visa à tramitação, sem delongas injustificadas, do processo administrativo, para que a decisão seja tomada no menor tempo possível.

Alguns mecanismos para concretizar o princípio podem ser aventados: exigência de cumprimento de prazos fixados, para particulares e agentes públicos, com previsão de consequências pelo desrespeito; fixação de efeitos de inércia ou silêncio; perda, para a Administração, da possibilidade de atuar, após decurso do prazo para decidir”. (grifos nosso).

181. **Não custa lembrar que o decreto nº 1.775/96, que estabelece os procedimentos e prazos para fins de demarcação de terras indígenas, teve sua constitucionalidade declarada pelo STF³⁶**. Embora a Corte Maior estabeleça que os prazos definidos tanto neste decreto, bem como no art. 67 da ADCT não sejam peremptórios, tratando-se, na verdade, de programas que devem ser executados, não podendo haver indefinições.

182. O STF entende não se tratar de um prazo decadencial, mas sim de um programático, com a ressalva, porém, que a conclusão de demarcações de terras indígenas deve se dar **dentro de um período razoável³⁷**. Ou seja, apesar do prazo constitucional de cinco anos como marco final no processo de demarcação das terras indígenas não ser peremptório, o STF destaca que, ao menos, deve acontecer **dentro de um prazo razoável**.

183. Neste aspecto, resta verificar a razoabilidade do período total e para tanto identifico a própria Constituição Federal de 1988 e o primeiro Grupo de

³⁵ Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 16ª Ed. P. 186.

³⁶ MS nº 2.045, relator Ministro Joaquim Barbosa.

³⁷ MS 26.212/DF, embargos declaração, Embte. Agropecuária Pedra Branca; bem: União. Relator Ricardo Lewandowski



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Trabalho criado ainda neste mesmo ano como os marcos iniciais do processo de demarcação das Terras Indígenas dos Xukurus Kariri. Como se observa, até o presente momento, não há a conclusão da demarcação, apesar de que a portaria do Ministério da Justiça, declarando as terras indígenas foi um importante passo.

184. Acerca do princípio da razoável duração do processo administrativo, há precedentes importantes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RADIODIFUSÃO. DEMORA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO EM RESPONDER A PLEITO ADMINISTRATIVO. MALFERIMENTO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

1. A Constituição Federal vigente, no art. 5º, LXXVIII, assegurou os direitos à razoável duração do processo judicial e administrativo, e aos meios que garantam a celeridade das respectivas tramitações, não podendo a Administração Pública furtar-se à plena observância de tais comandos constitucionais.

2. Na presente lide, **a Administração Pública apresentou demora injustificada em pronunciar-se no pleito administrativo interposto pela autora, além de não haver concluído a análise quanto à expedição de licença definitiva de funcionamento.**

3. Houve, portanto, malferimento à duração razoável do processo. Precedente desta Turma.

4. Remessa oficial improvida.” (grifo nosso) (ACÓRDÃO - REO561683/PE (25/09/2013) Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região Classe: Remessa Ex Offício - REO561683/PE, Número do Processo: 00203706720114058300, Código do Documento: 337412, Data do Julgamento: 19/09/2013, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro , PUBLICAÇÕES: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 25/09/2013 - Página 152).

EMENTA: “TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA APRECIÇÃO DE PEDIDOS ADMINISTRATIVOS DE RESTITUIÇÃO/RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA INTELIGÊNCIA DO ART. 24 DA LEI Nº



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

11.457/07 E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, CELERIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

1. A hipótese dos autos diz respeito à verificação do direito da parte agravada de ter seus pedidos administrativos de restituição e ressarcimento de tributos apreciados no prazo de 30 (trinta) dias, já que os referidos pleitos se encontravam há mais de 360 (trezentos e sessenta) dias sem apreciação da agravante.

2. O art. 24 da Lei nº 11.457/07 determina que, após protocolado o pedido administrativo, a decisão deve ser proferida em até 360 (trezentos e sessenta) dias.

3. In casu, há muito já se exauriu o prazo de que a Administração Pública dispunha para decidir a(s) matéria(s) que lhe foi(ram) apresentada(s), tendo em vista que os pedidos administrativos foram formulados em agosto/2011.

4. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e esta Corte Regional já se pronunciaram sobre a possibilidade de se estabelecer prazo para análise de pedidos administrativos de ressarcimento, em respeito aos princípios constitucionais da eficiência, celeridade e razoável duração do processo.

5. Precedente desta Corte.

6. Agravo de instrumento improvido.” ACÓRDÃO - AG132645/CE (15/08/2013) Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região Classe: Agravo de Instrumento - AG132645/CE Número do Processo: 00051494420134050000, Código do Documento: 333993, Data do Julgamento: 13/08/2013, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Fernando Braga, PUBLICAÇÕES: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 15/08/2013 - Página 258, DECISÃO UNÂNIME).

185. Por fim, para se ter uma ideia da importância de tal princípio, cito o precedente do Superior Tribunal de Justiça, fixando prazos dentro do processo administrativo e ainda em momento anterior à Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu a razoável duração do processo como direito fundamental, o que significa a preocupação do Poder Judiciário com a celeridade desde então. Vejamos:



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE A AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM.

(.....)

Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia -, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final do processo administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida. (MS 9420/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25.08.2004, DJ 06.09.2004 p. 163) (grifos nosso).

186. Há um importante fato narrado nos autos que contraria a contestação da Funai acerca da inexistência de verba orçamentária, necessária para a demarcação das terras indígenas. Analizando o documento 02, anexado nas fls. 360, verifica-se que a FUNAI pactuou o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para a delimitação, demarcação e regularização das Terras dos Xukuru Kariris, o que se pode concluir pela existência da disponibilidade financeira, motivo pelo qual o andamento do processo não deveria estar prejudicado.

187. Porém, na abordagem sucinta ao documento acostado às fls. 372, tratando-se de uma memória de reunião, ocorrida no gabinete do Senador Fernando Collor de Mello, a Presidenta da FUNAI Srª. Maria Augusta Boulitreau Assirati informou aos presentes que a paralisação das



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

benfeitorias por funcionários da FUNAI ocorreria na data de 16 de agosto de 2013.

188. Na mesma linha do documento de fl. 372, **a FUNAI, conforme fl. 374, expõe a paralisação dos procedimentos de levantamento da vistoria e avaliação das benfeitorias construídas por ocupantes não índios na Terra indígena Xukuru Kariri, exatamente na data prevista de 16 de agosto de 2013.** Não há menção alguma sobre fixação de prazos para a continuidade do processo administrativo.

189. Sobre este fato, faço importante esclarecimento. Este processo judicial de nº 475-13.2012.4.05.8001 foi protocolado em 02 de julho de 2012, havendo a distribuição para a 8ª Vara federal da SJAL. Dessa forma, a solução do litígio passa, necessariamente, pelo crivo do judiciário, não sendo admissíveis intervenções dos representantes do Parlamento. O ordenamento jurídico permite a intervenção de terceiros judicialmente representados, bem como os recursos processuais, além das ações autônomas para a defesa dos direitos.

190. A conciliação é uma medida que sempre se impõe, tanto judicial como extrajudicial, podendo os representantes eleitos pelo povo, deputados e senadores da República, a missão de colaborar com a alternativa conciliatória. Isto sim, é admissível! Todavia, a suspensão da demarcação, da forma como foi realizada, sem propostas viáveis para as partes envolvidas no litígio, sejam índios ou não índios, não condiz com a atividade conciliatória, sendo meramente uma postergação de um grande problema histórico. E, conforme já narrado nestes autos, os índios continuam num processo de retomada e ocupações das terras declaradas como indígenas.

191. Além disso, se existe grande insatisfação dos não índios, merece observar o decreto nº 1776/96 e a previsão expressa de assentamentos dos não índios, como obrigação pertencente ao Incra, conforme art. 4º, o que pode amenizar o conflito existente pela terra na localidade.

192. *In casu*, trata-se de processo demarcatório iniciado desde 1988, com o Primeiro Grupo de Trabalho, completando mais de vinte e cinco anos sem finalização. Apesar disso, os índios já ocupam a região há séculos, conforme exposto no tópico referente à identidade Xukuru Kariri.

193. Na abordagem, ficou claro que o processo demarcatório, além de extremamente lento, fora dos limites razoáveis de duração, encontra-se neste momento paralisado, conforme documento de fl. 374.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

194. Mesmo antes do processo administrativo ser suspenso, os índios sofriam com as oscilações da FUNAI que ora dava prosseguimento, ora andava a passos lentos, descumprindo os preceitos estabelecidos no art. 67, ADCT e do decreto nº. 1.775/96. Conforme já abordado, o STF, embora reconhecendo não se tratar de prazos peremptórios, considerou que não deve haver indefinição na conclusão da demarcação.

195. **Considero que a ausência de celeridade nesse processo de demarcação, sem a fixação de prazos razoáveis de duração, levará a população indígena a riscos ainda maiores, considerando a sua própria existência.**

196. Ainda, fato mais importante que contribuiu para o convencimento deste julgador é que a demarcação foi homologada em 15 de dezembro de 2010 pelo Ministério da Justiça, através da Portaria nº 4.033/2010, reconhecendo como terra indígena uma área de 6.927 hectares, não tendo sido ajuizada nenhuma ação pedindo anulação do processo. Isto significa que os índios estão reivindicando o fim de um processo de demarcação de uma terra sua por direito, de sua posse legítima na teoria do indigenato. Nada mais justo que os mesmos tenham ao menos a conclusão deste antigo processo.

197. Pela importância, cito mais uma vez o trecho do precedente do STF³⁸, acerca da Raposa Serra do Sol, onde se destaca a natureza do direito dos índios sobre as suas terras:

"(...) Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). (grifos nossos). (Pet 3388 / RR - RORAIMA

³⁸<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24.SCLA.+E+3388.NUMERO+OU+%28Pet.ACMS.+ADJ2+3388.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

PETIÇÃO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal
Pleno.”

198. Enfim, em 15 de dezembro de 2010, a República Federativa do Brasil reconhece a existência da terra indígena Xucuru Kariri, através da Portaria do Ministério da Justiça nº 4.033/2010, homologando o relatório que fora publicado em 2008, reconhecendo uma área de 6.927 hectares.

199. Trata-se de processo demarcatório iniciado desde 1988, com o Primeiro Grupo de Trabalho, completando mais de vinte e cinco anos sem finalização. Apesar disso, os índios já ocupam a região faz mais de séculos, conforme exposto no tópico referente à identidade Xukuru Kariri.

200. Na abordagem, ficou claro que o processo demarcatório, além de extremamente lento, fora dos limites razoáveis de duração, encontra-se neste momento paralisado, conforme documento de fl. 374.

201. Mesmo antes do processo administrativo ser suspenso, os índios sofriam com as oscilações da FUNAI que ora davam prosseguimento, ora andava a passos lentos, descumprindo os preceitos estabelecidos no art. 67, ADCT e do decreto nº. 1.775/96. Conforme já abordado, o STF, embora reconhecendo não se tratar de prazos peremptórios, considerou que não deve haver indefinição na conclusão da demarcação.

202. No decorrer da instrução probatória, em especial com a realização da inspeção judicial, pôde-se verificar *in loco* a situação precária em que vive a tribo indígena Xucuru Kariri, sua relação com a terra por eles ocupada e as implicações que a questão do atraso na demarcação das terras indígenas tem trazido à tribo.

203. Para tanto, cito trechos do auto de inspeção de fls. 733/736:

“De início, foi inspecionada a Aldeia Cafurna de Baixo, na qual residem 50 famílias, em um total de aproximadamente 180 pessoas. Lá, com o auxílio do Cacique Zé Carlos, foi possível proceder à verificação da infraestrutura do local.

Nessa primeira aldeia, percebeu-se que os índios ocupam as áreas de forma bastante precária, enquanto aguardam o processo demarcatório e que as famílias indígenas sobrevivem basicamente da caça, da pesca e do artesanato.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Tendo em vista o relevo do local, bastante irregular e o fato de que o território em que vivem foi reduzido de forma bastante considerável, a agricultura praticada por eles é basicamente de subsistência.

Outro ponto relevante que pôde ser constatado é que a terra indígena encontra-se cercada e fazendo divisa muito próxima com terras ocupadas por pequenos agricultores. Dessa forma, a tensão existente entre eles torna-se bastante visível.

Indagados acerca do prejuízo da demora da conclusão do processo demarcatório, afirmaram que houve uma significativa redução do território por eles ocupado e que a lentidão no processo ocasionou grandes perdas de lideranças. Aduziram que com o retorno do território que lhes cabe por direito, a memória da tribo será revivida, com o seu conseqüente fortalecimento e que poderão viver em paz nas suas terras, trabalhando e sobrevivendo do que produzirem.

Nesse ponto, pôde-se perceber a ligação existente entre a tribo e a terra em que vivem. Constata-se aqui que a territorialidade é concebida de uma forma que vai além do que os não indígenas podem conceber.

A propósito, saliente-se a presença dos sítios arqueológicos e do local em que é celebrado o ritual do Ouricuri, denotando a existência de vínculos que remontam aos antepassados dos Xucurus Kariris, reforçando o liame da tribo com o espaço demarcado.

Concluída a vistoria na Aldeia Cafurna de Baixo, o grupo foi conduzido até a Aldeia Canto, onde foi recepcionado pelo Pajé Celso Celestino.

De pronto, passou-se à inspeção das futuras instalações da escola da aldeia (que fica um pouco afastada), cujas obras se prolongam desde o ano de 2002. O Pajé informou que havia aulas no local, mas que, devido a problemas na estrutura, as aulas foram transferidas para os casebres da aldeia.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

Em continuidade, o grupo foi levado à sede da aldeia. Diferentemente da Aldeia Cafurna de Baixo, a Aldeia Canto fica localizada em uma área de relevo bastante uniforme e nivelada, cuja extensão possibilita a presença de um número maior de famílias – aproximadamente 210 – e uma convivência mais organizada e harmoniosa.

(...)

Neste contexto, percebe-se que a demora do processo demarcatório impede que a tribo faça uso de todo o seu potencial agricultor, uma vez que ficam limitados ao espaço territorial que ocupam atualmente.

Outrossim, o cacique informou que quando os Xucuru Kariris voltarem as suas terras, poderão produzir uma quantidade muito maior de alimentos, de forma a garantir não só a sobrevivência da tribo, como também a comercialização dos produtos”.

204. Ademais, ao ser indagado sobre as possíveis conseqüências da demarcação total das terras, o Analista Pericial em Antropologia que figura como assistente do Ministério Público Federal, em seu parecer colacionado às fls. 711/716, ressaltou que:

“Não há como se negar que o clima na cidade de Palmeira dos Índios é tenso, com informações de ameaças e violências decorrentes do processo demarcatório. Todavia, cremas que mais que a conclusão definitiva do processo demarcatório, a protelação de sua conclusão é quem alimenta a insegurança social que submete a todos, índios, fazendeiros, servidores da FUNAI, etc. Portanto, acreditamos que a demarcação total e a regularização definitiva da terra indígena Xucuru Kariri deverá trazer tranquilidade e segurança social aos munícipes, ao longo dos anos que sucederem a conclusão do processo demarcatório.

O quadro social dramático vivenciado pelos Xucuru-Kariri, somado a longa espera pela demarcação das terras de ocupação tradicional, recrudescido pela piora das condições de sobrevivência em áreas exíguas e insuficientes para a



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

sua reprodução física e cultural, tem levado esses índios a empreender, ao longo dos últimos trinta anos, ocupações forçadas de fazendas inseridas na terra indígena e vizinhas aos aldeamentos com episódios de violências. Temos até o momento 16 imóveis particulares ocupados por índios xucurus kariris, sendo 14 transformados em processo judiciais de ações possessórias tramitando nas varas federais de Arapiraca/AL. Ou seja, a conclusão do processo demarcatório deve, inclusive, resolver as lides possessórias sobre o território indígena e trazer tranquilidade à região”.

205. O depoimento prestado pela perita Siglia Zambrotti Doria foi bastante esclarecedor quanto à urgência na efetivação da demarcação das terras indígenas dos povos Xucuru Kariri, razão pela qual entendo ser relevante o destaque dos trechos a seguir transcritos:

“que a demora na demarcação alimentou e potencializou as divisões políticas, conflitos internos e situações de violência; que a demora em devolver o território tradicional ao grupo indígena Xucuru Kariri trouxe prejuízos imensuráveis e alguns irreparáveis ao grupo indígena; que a demora pode causar genocídio do referido grupo; que em razão da demora os índios podem perder em sua reprodução física, terras de plantio, modo de vida, áreas de culto; que a relação dos Xucuru Kariri com a sua terra é visceral e existencial; que a demarcação final é essencial para o grupo indígena”.

206. Diante de todo o contexto fático e probatório narrado nos autos, bem como considerando as razões históricas, sociais, antropológicas e, sobretudo, jurídicas expostas nos parágrafos antecedentes, entendo que **a efetivação da demarcação das terras indígenas reconhecidas nos termos da Portaria MJ nº 4.033/2010 é medida que se impõe com a máxima urgência.**

II.7 - Sobre os prazos razoáveis para fins de conclusão da demarcação das terras indígenas

207. O **Superior Tribunal de Justiça** tem entendimento acerca do término do procedimento de demarcação das terras indígenas, considerando razoável, para a conclusão de todo o processo demarcatório, contados a partir da data do



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

trânsito em julgado da sentença de primeira instância, o **prazo de 24 (vinte e quatro meses)** (REsp 1114012/SC, 1ª T., j. 10.11.2009, DJe 01.12.2009, rel. Min. Denise Arruda).

208. **Porém, no caso dos autos, há um estágio bastante avançado no processo de demarcação.** Já foram concluídos o estudo antropológico, publicação da portaria declaratória do Ministro da Justiça, licitação da empresa encarregada da demarcação física e levantamento das benfeitorias de boa fé a serem indenizadas. **Resta então apenas a conclusão da demarcação física, com o pagamento das benfeitorias e homologação.**

209. **Por isso, entendo razoável a determinação de um prazo menor do que o que se encontra reconhecido pelo Egrégio STJ, uma vez que esta Corte levou em consideração, para se definir um prazo de duração, a perspectiva de conclusão de todo o processo demarcatório, o que não é o caso da demarcação das terras indígenas xucuru kariri.**

210. Assim, a FUNAI será condenada, na obrigação de fazer, com a determinação para concluir a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria do Ministro da Justiça nº 4.033, de 15/12/2010 e decreto nº 1775/96, num **prazo de 90 (noventa) dias, tendo em vista a existência de verba orçamentária, bem como de empresa licitada e levantamento das benfeitorias de boa fé.**

211. Após este prazo estipulado, devem a FUNAI e a União, na obrigação de fazer, concluir as avaliações de benfeitorias existentes em todos os imóveis incidentes na Terra indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, **num prazo de 90 (noventa) dias.**

212. Competirá à União a obrigação de destinar verba orçamentária à Funai, em caso de insuficiência, para garantir a continuidade da demarcação física, com pagamento dos recursos necessários, bem como o pagamento das benfeitorias de boa fé.

213. Os réus devem ainda serem condenados, dentro de um prazo de **06 (seis) meses**, para conceder a posse definitiva da área delimitada na Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, aos índios Xucurus Kariris, inclusive com a desintrusão dos atuais posseiros da área.

II.8 - Do dano moral e do dano material coletivo



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

214. No que tange ao dano moral coletivo, o Ministério Público pugna pelo deferimento em virtude da mora causada pela parte ré, de quase duas décadas. Afirma que os danos morais causados aos índios Xucurus Kariris são aqueles consistentes em irreparáveis danos a sua cultura tradicional e à forma de organização própria que tem levado a violência intratribal.

215. Sustenta o Ministério Público Federal, na inicial, que seriam devidos o valor de R\$19.000.000,00 (dezenove milhões de reais) a título de danos morais sofridos pela tribo indígena dos Xucurus Kariris, vez que em razão da demora na demarcação das terras indígenas, o referido grupo teria sofrido irreparáveis e imensuráveis prejuízos à sua identidade e desenvolvimento.

216. Alega ainda que os indígenas da tribo Xucuru Kariri deveriam ser indenizados pelos danos materiais sofridos e que estes seriam da ordem de R\$106.628.000,00 (cento e seis milhões, seiscentos e vinte e oito mil reais), como decorrência do empobrecimento da comunidade indígena impedida de usufruir de suas terras tradicionais.

217. Para encontrar os referidos valores, o *Parquet* tomou os seguintes parâmetros: no que concerne ao dano moral, pleiteou o montante de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por ano de atraso na demarcação das terras indígenas; em relação ao dano material, considerou a área reconhecida pela União/FUNAI como reserva indígena e ainda não ocupada pelos povos interessados – 5.612 hectares -, multiplicado pelo tempo de atraso na demarcação (19 anos), bem como considerou o valor de arrendamento do hectare na região, chegando ao total referido no parágrafo antecedente.

218. Em contestação às fls. 114/139, a FUNAI defende o não reconhecimento de danos morais nem materiais alegados sob o argumento de que não se vislumbra no caso dolo ou culpa das rés no processo de demarcação das terras indígenas. Ressalta que a demora na conclusão do referido processo se dá em vista da complexidade da medida, bem como das dificuldades encontradas no seu transcurso.

219. Ressaltou ainda que o valor pleiteado pelo Ministério Público Federal a título de indenização por danos materiais é absolutamente exacerbado e fundado em critérios aleatoriamente eleitos para quantificação do suposto dano sofrido.

220. No mesmo sentido é a argumentação da União, em sua contestação de fls. 201/226, em que destaca que não restou demonstrado nos autos nem a omissão das rés, nem o resultado efetivamente danoso, tampouco o nexo causal entre o comportamento das rés e o suposto evento danoso sofrido.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

221. Argumenta, por fim, sobre os critérios utilizados pelo Ministério Público Federal para obter o *quantum debeat*, os quais seriam subjetivos e aleatórios.

222. Com razão a Funai e a União. Há, com respeito ao pedido do MPF, uma mera presunção, não apta a sustentar a condenação em dano moral coletivo, sendo necessário que houvesse a comprovação do efetivo prejuízo para superar o caráter individual do dano moral.

223. Em decisão recente, em apreciação a caso semelhante, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu pela legitimidade da determinação para que fosse efetivada a demarcação de terras indígenas da tribo truká, no município de Cabrobró/PE. Entretanto, no mesmo julgamento, ressaltou o não cabimento de indenização por danos morais coletivos, vejamos:

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS **INDÍGENAS**. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESGOTAMENTO DO LAPSO DE TEMPO PREVISTO NO ART. 67 DO ADCT DA CF/88. PRAZO ASSINADO EM FAVOR DA DEMARCAÇÃO E DOS INTERESSES DOS **INDÍGENAS**. MORA DA UNIÃO. RECONHECIMENTO. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DA DEMARCAÇÃO. NECESSIDADE. MULTA DIÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. **DANO MORAL COLETIVO**. INEXISTÊNCIA. APELAÇÕES DA FUNAI E DA UNIÃO DESPROVIDAS. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR DA AÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA) PROVIDA EM PARTE. 1. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, pois se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras **indígenas** dentro de um período razoável (MS 24.566/DF, Rel. Min. Marco Aurélio). 2. O processo administrativo visando à demarcação de terras **indígenas** é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 - cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. 3. "A norma constitucional (art. 67 do ADCT) visa, pela fixação de prazo, a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir a União desse encargo, uma vez que o prazo foi fixado em benefício da demarcação e*



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

dos interesses dos **indígenas**, e não contra eles. (STJ. EDcl no Mandado de Segurança nº 10.269 - DF (2004/0181942-1), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23.11.2005). 4. É bem verdade que a demarcação de terras **indígenas**, que é constituída de diversas fases (definidas, atualmente, no art. 2º do Decreto nº 1.775/96), é precedida de processo administrativo, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. 5. Entretanto, se é certo que não há prazo fatal para a União, através da FUNAI (autarquia fundacional federal), concluir o processo demarcatório, até porque o prazo especificado no art.

(...)

8. Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Ao contrário, o sistema jurídico pátrio admite a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de "danos morais coletivos". 9. É praticamente pacífico o entendimento de que, em se tratando de dano moral coletivo, é prescindível a comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico. Essa exigência é inaplicável aos interesses difusos e coletivos, pois a coletividade, os grupos sociais e a sociedade não são entes biológicos dotados de psiquismo. São realidades da antropologia, da sociologia e, antes de tudo, realidades históricas e sociais. 10. Entretanto, a jurisprudência, ainda hoje, também é praticamente uníssona no sentido de que a simples presunção não pode sustentar a condenação em dano moral coletivo, pois é preciso haver a comprovação do efetivo prejuízo para superar o caráter individual do dano moral (REsp 821.891). 11. O dano moral coletivo não pode ser presumido, isso significando dizer que, em não havendo nos autos elementos para comprová-lo, o pleito respectivo deve ser indeferido. Meras alegações genéricas de sofrimentos e angústias sofridas pela comunidade indígena não são aptas a configurar o dever de indenizar por dano moral coletivo, máxime quando, do conjunto fático-probatório constante dos autos, emerge a convicção de que, embora tenha havido demora por parte da FUNAI no processo de demarcação da área, o alegado dano moral não resultou diretamente - e tão somente - da conduta



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

da referida autarquia, mas da situação conflituosa dentro da própria comunidade, que inclusive vem opondo resistência à atuação da FUNAI, como ressaltou a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI, na Informação Técnica nº 24/CGID/2012.

(...)

13. *Apelação do MPF provida em parte, sendo desprovidas as apelações da União e da FUNAI e mantida a sentença monocrática em todos os demais termos.(TRF5.AC 00001319320124058304.Desembargador Federal: Raimundo Alves de Campos Jr. Órgão julgador: Terceira turma. DJE. 29/01/2014).*

224. Por fim, ressalto que, embora a existência e o trabalho do Poder Judiciário sejam fundamentais à pacificação dos conflitos sociais, é natural que não haja uniformidade e nem aceitação por parte de muitos cidadãos que compõem a nossa plural sociedade. Para tanto, seria necessário todo um conjunto de políticas públicas, especificando, no caso em comento, a execução de um plano de Reforma Agrária nas áreas vizinhas à Região do Município de Palmeira dos Índios/AL, com vistas a garantir que os trabalhadores que se encontram na área indígena não fiquem sem propriedade alguma.

225. Hoje somos vítimas de um processo de Reforma Agrária que nunca chegou ao fim em nosso país. Diretamente são alvos os índios, negros quilombolas e trabalhadores rurais sem terra. Por outro lado, toda sociedade padece na angústia de ver problemas agrários sem definição. Assim, sem mais delongas, recomendo que o plano de Reforma Agrária possa priorizar os pequenos trabalhadores que atualmente ocupam a área indígena.

226. **Por isso, como medida que se impõe é a ciência ao Ministério Público, Funai e Incra para que adotem as providências cabíveis para o cumprimento do disposto no art. 4º do decreto nº 1775/96 (art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.)**

227. Da mesma forma, realço a importância da Fundação Nacional do Índio e de seus servidores públicos. É patente o esforço dos servidores para que os objetivos instituídos na competência legal da Funai sejam cumpridos; contudo por razões diversas, que vão desde a complexidade dos conflitos e demarcações de terras indígenas até a insuficiência orçamentária para a conclusão dos



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

procedimentos, o trabalho é prejudicado. O fato de ser réu neste processo, com conseqüente condenação, não deve diminuir a importância da Funai para uma missão de garantir um espaço de existência digna aos povos indígenas.

228. Pelo exposto, confirmando os efeitos da tutela antecipada, é patente o reconhecimento da procedência, em partes, da demanda.

III - DISPOSITIVO

229. Ante o exposto, **julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC, para condenar a União Federal e a FUNAI os seguintes termos:**

- a) Condeno a Funai, na obrigação de fazer, a concluir a demarcação física da Terra Indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria do Ministro da Justiça nº 4.033, de 15/12/2010 e decreto nº 1775/96, num **prazo de 90 (noventa) dias, tendo em vista a existência de verba orçamentária, bem como de empresa licitada e levantamento das benfeitorias de boa fé;**
- b) Após este prazo estipulado, **condeno a FUNAI e a União,** na obrigação de fazer, a concluir as avaliações de benfeitorias existentes em todos os imóveis incidentes na Terra indígena Xucuru Kariri, nos termos da Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, **num prazo de 90 (noventa) dias;**
- c) **Condeno a União** na obrigação de destinar verba orçamentária à Funai, em caso de insuficiência, para garantir a continuidade da demarcação física, com pagamento dos recursos necessários, bem como o pagamento das benfeitorias de boa fé;
- d) Condeno os réus, dentro de um prazo de **06 (seis) meses,** para conceder a posse definitiva da área delimitada na Portaria MJ nº 4.033, de 15/12/2010, aos índios Xucurus Kariris, inclusive com a desintrusão dos atuais posseiros da área;



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Alagoas
Subseção Judiciária de Arapiraca
8ª Vara Federal

e) Em caso de eventual descumprimento da obrigação de fazer, fixo multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para o caso de descumprimento dos prazos estabelecido.

230. **Dê-se ciência ao Ministério Público para que, caso entenda pertinente, adote as providências necessárias para o cumprimento do disposto no art. 4º do decreto nº 1775/96 (art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.)**

231. **Dê-se ciência ao Incra e à Funai, na pessoa de seus Superintendentes Regionais em Alagoas, para que adotem, em caráter de urgência, as providências cabíveis para o cumprimento do disposto no art. 4º do decreto nº 1775/96 (art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.)**

232. Sem custas processuais, em face da isenção legal decorrente do art. 4º, I, da Lei 9.289/96.

233. Sem condenação em honorários advocatícios, em razão do disposto no art. 18 da lei 7.347/85 (REsp 1329607/RS, STJ).

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

Arapiraca/AL, 13 de março de 2015.

Antônio José de Carvalho Araújo
Juiz Federal