

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5006347-83.2013.4.04.7202/SC
RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
APELADO : MARIA ONDINA NASCIMENTO
ADVOGADO : ARMILO ZANATTA
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. MORTE DE FILHA. OMISSÃO DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. *QUANTUM*. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

São três os elementos reconhecidamente essenciais na definição da responsabilidade civil - a ilegalidade, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro. Comprovada a ilegalidade, o dano e o nexo causal, exsurge a obrigação de indenizar mediante compensação pecuniária compatível com o prejuízo moral, estético ou material.

No arbitramento da indenização advinda de danos morais, o julgador deve se valer do bom senso e razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso, não podendo ser fixado *quantum* que torne irrisória a condenação, tampouco valor vultoso que traduza enriquecimento ilícito.

Indenização por dano moral mantida, levando-se em conta a natureza do dano, o princípio da razoabilidade, a extensão e a repercussão do dano.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de setembro de 2016.

Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial interpostas em face de sentença cujo dispositivo foi exarado nos seguintes termos:

'(...) III - DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO para condenar a ré ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de compensação por danos morais, corrigidos monetariamente a partir da data do evento danoso - 21 de agosto de 2006 - acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, também desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Conseqüentemente condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação.

Decorrido o prazo para recursos voluntários, com ou sem aproveitamento, remetam-se os autos à Superior Instância para reexame necessário.

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

Chapecó, 09 de abril de 2013.'

Em suas razões recursais a FUNAI argüiu, em preliminar, a nulidade da sentença, em razão da não intimação do MPF e da ilegitimidade ativa da autora. Aduziu, ainda, a ausência de demonstração dos pressupostos exigidos para a caracterização da responsabilidade civil do Estado, quais sejam, a inexistência de ato ilícito e a impossibilidade fática e jurídica de impedimento do dano, da inexistência do nexo de causalidade, da inexistência de tutela civil-orfanológica e impossibilidade da FUNAI responder por atos dos indígenas, bem como da arbitrariedade do valor dos danos morais, pedindo sua redução. Postulou, ainda, a redução dos honorários advocatícios e a incidência da Lei 11.960/09 nos critérios de atualização monetária (juros e correção monetária).

Sem contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

Sobreveio parecer do Ministério Público Federal opinando pelo desprovimento da apelação e pela intimação da autora para apresentação de documento comprobatório do vínculo de parentesco com a menor Regina de Oliveira.

No evento 12 a parte autora juntou documentos.
É o relatório.

VOTO

A r. sentença foi exarada nos seguintes termos:

I - RELATÓRIO:

Maria Ondina Nascimento, qualificada na inicial, ajuizou Ação Indenizatória c/c Pedido de Pensão em face da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, objetivando provimento jurisdicional que condene a ré a indenizar a autora pelos danos morais sofridos em decorrência da morte de sua filha menor Regina de Oliveira.

Referiu inicialmente que a menor Regina de Oliveira, nascida em 16 de janeiro de 1993, é sua filha, embora conste na certidão de nascimento o nome de Maria Ondina de Oliveira.

Narrou, em apertada síntese, que no dia 20 de agosto de 2006, a filha, de 13 anos de idade, esteve da Aldeia Indígena Condá, no Município de Chapecó, participando de uma festa de casamento, oportunidade em que se envolveu com um jovem daquela aldeia, de nome Jocimar Jogta Domingos, com quem permaneceu na noite do referido dia 20 de agosto.

No dia seguinte, em razão de costumes da cultura indígena os menores foram presos em uma cadeia existente na localidade, onde permaneceriam até o dia 22 de agosto, no entanto, por volta das 23h00m daquela noite a cadeia em que se encontravam os jovens foi incendiada, sem que tenha sido determinado um motivo aparente para tal, determinando a morte da filha da autora.

Alegou que os responsáveis foram indiciados pela Polícia Federal, estando os autos aguardando a apresentação de denúncia.

Afirmou que além da responsabilidade criminal deverá haver também a responsabilização civil pelos danos causados à mãe da vítima.

Sustentou que a responsabilidade da ré reside no fato de que é tutora legal dos indígenas, tendo conhecimento de que estes, em nome dos costumes indígenas, prendem e torturam pessoas, sem que tenha tomado qualquer ato de cautela quanto aos limites de tais práticas.

Defendeu a ocorrência de dano moral caracterizada pela perda da filha menor, postulando o arbitramento do valor pelo Juízo em valor não inferior a 300 salários mínimos.

Postulou a fixação de uma indenização pelo prejuízo financeiro decorrente da morte da filha, caracterizado pelo fato de que esta, ao completar 16 anos poderia iniciar uma atividade profissional e assim auxiliar no sustento da casa, até tornar-se independente na idade de vinte e um anos.

Requeru a fixação de pensão mensal no valor de 2/3 do salário mínimo de janeiro de 2009 até janeiro de 2008, ou seja, entre os 16 e 25 anos de idade da falecida filha.

Pleiteou o benefício da assistência judiciária gratuita.

Juntou documentos nas fls. 11/46.

Na fl. 47 a autora foi intimada a regularizar o pedido de assistência judiciária gratuita e a representação processual, o que foi efetuado nas fls. 50/2.

Citada a FUNAI apresentou contestação nas fls. 56/82, sustentando a inexistência de responsabilidade da autarquia em relação aos atos praticados por indígenas nas condições relatadas na inicial, discorrendo acerca da legislação aplicável.

Mencionou ainda que não lhe é possibilitado intervir nos aspectos integrantes da cultura e organização indígenas, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, sendo o seu poder de polícia, referido no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 5371/67, relativo à proteção dos indígenas e seus direitos em relação à interferência de terceiros e não em detrimento dos silvícolas, limitando o exercício de sua cultura.

Fez referência a decisões proferidas nos Tribunais em consonância com a tese defendida na contestação.

Alegou que a responsabilidade da administração por atos omissivos é subjetiva de acordo com entendimento exarado pelo STF.

Sustentou sucessivamente a inexistência de ato ilícito praticado dentro da aldeia Kondá, sendo mais provável a ocorrência de acidente, conforme laudo pericial efetuado no local, tendo em vista que havia uma vela acesa em uma das celas, indicando a possibilidade de que tenha sido a causa do incêndio.

Afirmou que a prisão dos indígenas não pode ser considerada como ilícita, pois esta prática insere-se entre os costumes tribais, com proteção constitucional, sendo a autora e a filha da mesma etnia das lideranças que determinaram a prisão, partilhando dos mesmos costumes, tanto que a filha não esboçou qualquer reação negativa ao saber que seria presa.

Quanto ao dano moral afirmou que a indenização não pode representar enriquecimento sem causa da autora, devendo ser levada em consideração ao fixar-se a indenização a condição financeira da autora.

Impugnou o pedido de condenação da autarquia ao pagamento de pensão mensal, pois a vítima era menor, não havendo qualquer comprovação de que esta contribuía para o sustento da família.

Mencionou ainda que é costume entre os indígenas casar-se muito cedo, geralmente antes dos 16 anos, tanto que no dia dos fatos a menor apenas não se casou pois era 'parente' da outra vítima, sendo assim improvável que a filha apenas contraísse casamento após os vinte e cinco anos.

Afirmou ainda que o fato de a autora ter deixado a filha menor em uma aldeia onde não era conhecida, com um rapaz que acabara de conhecer, demonstra que a autora já a considerava plenamente capaz, ou comprova a total desídia da mãe e conseqüentemente a culpa concorrente desta no evento.

Juntou documentos nas fls. 83/180.

Intimada, a autora apresentou réplica nas fls. 184/5, referindo que os atos do cacique são normais entre os indígenas e de conhecimento da FUNAI, cabendo a esta, na defesa dos costumes responder pelos fatos decorrentes destes.

Intimados a especificar provas as partes não se manifestaram.

Vieram os autos conclusos para sentença.

Nas fls. 189/201 foi proferida sentença de procedência, em a FUNAI foi condenada a indenizar a autora pela morte de sua filha.

A FUNAI apresentou recurso de apelação (fls. 204/13), o que determinou a remessa dos autos ao TRF da 4ª Região.

A sentença foi inicialmente mantida pelo TRF (fls. 218/26), no entanto, em face da alegação de cerceamento de defesa, apreciada em embargos de declaração, a decisão de primeiro grau foi anulada para possibilitar à FUNAI a produção de provas (fls. 236/9).

Com o retorno dos autos a este Juízo a FUNAI foi intimada para especificar provas (fl. 240), ao que requereu a produção de prova testemunhal e depoimento pessoal (fls. 242/4).

O MPF se manifestou pela produção das provas já requeridas pela FUNAI (fl. 249).

As testemunhas arroladas pela FUNAI foram ouvidas, conforme termo das fls. 254/63.

Em audiência o Procurador da FUNAI requereu a juntada de decisão e laudo antropológico formulados no processo criminal, o que foi deferido com a juntada dos documentos nas fls. 264/76.

As alegações finais das partes foram apresentadas verbalmente.

A autora fez remissão às demais alegações dos autos e referiu que os depoimentos colhidos em audiência não alteraram os fatos e o direito da autora.

O Procurador da FUNAI, por sua vez, afirmou que as provas colhidas nos autos demonstram que a FUNAI não tinha conhecimento prévio da prisão dos adolescentes, bem como que, mesmo que tivesse, não teria condições ou dever de intervir, pois se trata de costume indígena, em relação aos quais os índios têm autonomia.

É o relatório. Decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO:

A presente ação destina-se a obter provimento jurisdicional que condene a ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da morte de sua filha menor da autora, Regina Oliveira, nas dependências da 'cadeia' da Aldeia Indígena Condá, na data de 21 de agosto de 2006.

A autora afirma que a FUNAI é responsável pelo sinistro, pois, na qualidade de tutora dos indígenas deve prestar assistência e orientação a estes, bem como responder por atos ilícitos que estes praticarem.

A ré, por sua vez, sustenta que não responde por atos civilmente praticados por indígenas, pois apenas exerce a função de tutora em relação aos índios não integrados à sociedade, nos termos do artigo 7º do Estatuto do Índio.

Menciona ainda, que o poder de polícia que pode exercer em relação aos indígenas diz respeito aos atos dos não-índios contra os silvícolas e não destes contra aqueles, não tendo autoridade sobre os indígenas, bem como não podendo interferir ou controlar as suas atividades a não ser pela persuasão ou convencimento.

Em alegações finais afirma que apenas pode intervir em casos de 'gravíssima violação de direitos humanos' (fl. 256).

Afirma ainda que não há nenhuma norma que estabeleça o dever de vigilância da FUNAI em relação aos silvícolas a ponto de determinar a existência de sua culpa in vigilando.

A responsabilidade que a autora busca atribuir à ré nestes autos, e de omissão no dever de polícia frente aos indígenas, considerando seu dever de tutora destes, para evitar a prática de atos atentatórios contra a vida e os direitos humanos por parte de seus tutelados.

A lide assim, se refere, no caso da FUNAI, à apuração de responsabilidade por omissão.

Como já referido na sentença das fls. 189/201, o STF já pacificou entendimento no sentido de que, nos casos de responsabilidade por omissão, esta não se trata de responsabilidade objetiva, e sim subjetiva, fazendo-se necessária a comprovação da culpa ou dolo do agente administrativo no evento danoso para poder ser determinado o dever de indenizar.

Neste sentido:

'Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio.' (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27/02/04). No mesmo sentido: RE 409.203, Rel. Min. Carlos Velloso, Informativo 391.

Esta mesma orientação vem sendo seguida pelo TRF da 4ª Região, conforme ementa que segue:

ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. DNIT. LEGITIMIDADE PASSIVA. ACIDENTE. BURACO. RODOVIA. O DNIT detém legitimidade para figurar no polo passivo do presente feito, na medida em que o acidente se deu em razão de obras realizadas por construtora contratada pela autarquia ré e para a duplicação da rodovia federal BR-101. A responsabilidade extracontratual do Estado - que emerge do preceito esculpido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - nos casos em que os danos não são causados por atos comissivos dos agentes estatais, mas, sim, por deficiência nos serviços, cuja prestação o legislador atribuiu precipuamente à Administração Pública, é de ordem subjetiva. No caso, restou caracterizada a omissão culposa do próprio DNIT, que foi negligente ao não fiscalizar devidamente a obra executada pela construtora contratada e não impedir que esta viesse a provocar danos a terceiros. A execução do serviço pela construtora se deu de forma faltosa e imperfeita. A partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (30/06/2009), devem incidir, uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 conferida pela Lei nº 11.960/09. (TRF4, AC 5000275-36.2011.404.7207, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, D.E. 21/03/2013)

Nesta ordem, e com base no entendimento acima, já consolidado no ordenamento jurídico pátrio, a eventual responsabilidade da FUNAI na morte da filha da autora deve ser analisada sob o pálio das regras da responsabilidade subjetiva.

A Constituição Federal de 1988, no rol não taxativo do artigo 5º, estabeleceu como direitos individuais:

Art. 5º 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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A respeito da reparação de dano, os artigos 927 e 186 do Código Civil, disciplina:

'Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.'

'Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.'

Verifica-se da leitura dos artigos acima referidos que para a determinação da responsabilidade pela indenização de danos causados a outrem se fazem necessários os seguintes elementos: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou fato humano); b) que esse fato possa ser imputado a alguém; c) que tenham sido produzidos danos; d) que haja nexo de causalidade entre o fato ou ato e o dano.

A princípio só existe obrigação de reparar os danos que tenham sido causados por fatos da responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, embora estes não tenham de ser necessariamente resultantes de sua atuação, poderão ser fatos de outra pessoa, por quem aquela seja responsável, ou fatos de coisas ou animais pertencentes a este.

Do Caso Concreto

No caso em tela, a responsabilidade imputada pela autora à FUNAI, como já referido, é de omissão em seu dever de polícia e de proteção aos indígenas, referindo que a ré, mesmo tendo conhecimento da prisão de duas crianças em celas de condições precárias, se omitiu em seu dever de orientar o cacique e as lideranças no respeito aos direitos humanos e individuais dos indígenas encarcerados, bem como em exigir a sua soltura.

Através dos documentos e depoimentos colacionados aos autos pela autora e pela própria ré, produzidos junto ao Inquérito Policial, bem como daqueles colhidos no decorrer do Inquérito Policial e agora também nestes autos, foi demonstrado que, ao contrário do que deseja demonstrar a ré, esta tinha conhecimento de que, ao menos a menor Regina, estava presa na cadeia da reserva indígena e não tomou nenhuma providência para que esta fosse solta, ou mesmo, buscou se inteirar dos motivos da prisão.

A autarquia-ré, da mesma forma como sabia da existência da cadeia, sabia que esta não possuía qualquer condição de segurança, fato que também foi ressaltado pelo Delegado de Polícia Federal no Relatório do Inquérito Policial n. 0100/2006:

'Destarte, embora no Laudo Pericial n. 006/DAT/CBMS/2006 conste a conclusão de que a causa do incêndio foi acidental, os tópicos 3.7, 5 e 6, dispositivos de segurança, meios de escapes e sistema de detecção de combate a incêndio - evidenciam a inexistência de qualquer dispositivo/sistema, por mais rudimentar que fosse, que pudesse prevenir o incêndio, evitar a sua propagação ou, ao menos, abrandá-lo e evitar a morte trágica dos menores Jocemar e Regina, denotando-se o agir culposo - negligente - dos líderes da aldeia indígena Condá.' (fls. 43/4)

Tendo sido cientificada dos atos ilegais cometidos pelo cacique da área indígena em questão, em outros casos semelhantes, a FUNAI não tomou nenhuma providência no sentido de coibir ou mesmo resguardar a vida dos demais indígenas da aldeia, como se depreende do Termo de Atendimento ao Público n. 10/2006, acostado nas fls. 130/2, em que a Dra. Ângela Vitória Domingues, médica que atuava nas reservas indígenas na época, efetuou denúncias em relação aos atos ilegais que o cacique realizava em nome de uma pretensa cultura indígena.

Em relação especificamente aos fatos a atuação ou não atuação da FUNAI foi semelhante. Veja-se:

Na data de 20 de agosto de 2006, a menor Regina de Oliveira, juntamente com sua mãe e outros índios da área indígena de Nonoáí/RS dirigiram-se até a aldeia Condá de Chapecó/SC, para participarem das comemorações alusivas a um casamento realizado na aldeia deste Município.

Na referida festa, a jovem conheceu Jocemar Jogta Domingos, indígena da aldeia Condá.

Na noite do dia 20 de agosto, a jovem optou por permanecer na aldeia Condá, e segundo a mãe em seu depoimento judicial, fugiu pela janela do ônibus com o jovem e não foi mais localizada pelos familiares, o que fez com que a mãe e demais familiares e amigos retornassem a Nonoáí, ocasião em que passou a noite com o jovem Jocemar.

No dia seguinte, ao tomar conhecimento dos fatos, a mãe do rapaz comunicou as autoridades da aldeia cerca destes, com o intuito de, de acordo com os costumes indígenas, realizar o casamento entre os jovens.

Em deliberação realizada entre as autoridades, chegou-se a conclusão de que não seria possível a realização do casamento por terem os dois a mesma descendência ou 'marca', ou seja, Kairu, o que, também de acordo com os costumes indígenas, impedia o matrimônio dos jovens.

Desta forma, para evitar que estes passassem mais uma noite juntos, foram colocados nas celas da cadeia da aldeia na tarde de domingo para aguardar até na segunda-feira quando a jovem Regina seria encaminhada para Nonoáí/RS.

No entanto, durante a noite do dia 21 de agosto de 2006, segunda feira, ocorreu um incêndio no interior da cadeia, sem causa determinada, que ocasionou a morte dos dois jovens que não foram retirados a tempo do local.

Segundo o Laudo Pericial da Divisão de Perícias de Incêndio do Corpo de Bombeiros, a causa do incêndio foi acidental e se iniciou na cela do menor Jocemar.

O mesmo laudo referiu ainda que o local era inadequado para a manutenção de pessoas em cárcere, pois não possuía qualquer dispositivo de segurança, mesmo que rudimentar, que

pudesse facilitar a saída dos presos em caso de incêndio ou possibilitar o seu abrandamento ou propagação, tendo tal fato contribuído para a ocorrência do óbito [fls. 30 e 32].

Antes de passar a transcrever os trechos dos depoimentos dos indígenas convém ressaltar que as cópias do Inquérito Policial não foram juntadas pelo Juízo sem nenhuma justificativa ou critério, como afirma o procurador da FUNAI na peça das fls. 242/4, e sim foram acostadas aos autos pela própria FUNAI em sua contestação, que inclusive citou os depoimentos na referida peça.

Nesta ordem, segundo a informação dos indígenas não havia energia elétrica na cadeia, o que determinou que o menor Jocemar ficasse com uma vela em sua cela, que foi a causa provável do incêndio [fl. 92, 102, 103 e 104].

Neste sentido os depoimentos:

Jucelino Nascimento (cacique da Aldeia na época): 'Que a cadeia não possuía luz elétrica, fogão à gás ou à lenha, nem local para fazer fogo para esquentar comidas.' (fl. 91)

'Que acredita que o incêndio foi causado por uma vela 'Parma sete', pois soube por Preto que Jocimar tinha uma vela acesa dentro da cela, quando entregou a comida e o cobertor. (fl. 92)

Gilmar Vergueira (capitão da Aldeia na época): 'Que a cadeia não possuía luz elétrica, fogão à gás ou à lenha, nem local para fazer fogo para esquentar comidas.' (fl. 94)

Idemar de Oliveira (sargento da Aldeia na época): 'Que a cadeia não possuía luz elétrica, fogão à gás ou à lenha, nem local para fazer fogo para esquentar comidas.' (fl. 96)

Isaqueu Refey Domingos Salles (irmão de Jocemar): 'Que Preto abriu a porta da cela de Jocimar para lhe entregar os objetos; Que Jocimar saiu fora da cela, com uma vela nas mãos. (...) Que ao saírem da do interior da cadeia deixaram a vela em poder de Jocimar.' (fl. 103)

Luciano Nunes (policial da aldeia, na época dos fatos): 'Que abriu a cadeia e Isaqueu entregou as comidas e os cobertores; Que Jocemar chegou a sair da cela e conversou com seu irmão Isaqueu; Que Jocemar tinha uma vela dentro da cela.'

O conhecimento da FUNAI acerca dos fatos foi demonstrado nos autos, pois, nos depoimentos prestados em juízo e junto à Polícia Federal, os indígenas afirmam que procuraram a FUNAI para conseguir passagens para mandar a menor Regina para a sua aldeia.

Neste sentido:

Juscelino Nascimento (cacique da Aldeia na época): 'Que na segunda-feira pela manhã o de Chapecó para Nonoai para que Regina fosse embora para Nonoai; Que falou com Renato na FUNAI, que inclusive, chegou a comprar as passagens. (fl. 91)

Juiz: E vocês chegaram a pedir pra FUNAI alguma ajuda uma coisa?

Jucelino: Isso, só que era parte da tarde e a FUNAI não tinha carro naquela época, né? Daí....

Juiz: Mas vocês chegaram a ligar para a FUNAI, alguma coisa, aquele dia ou não?

Jucelino: Sim nós fumu conversá com eles, né?

Juiz: No mesmo dia?

Jucelino: Hum, hum..

Juiz: E vocês falaram com quem na FUNAI?

Jucelino: Agora na...eu acho que eu não sei agora na...

Juiz: Falaram por telefone? Falaram pessoalmente?

Jucelino: Pessoalmente.

Juiz: Pessoalmente?

Jucelino: Hã, hã..

Juiz: Vocês foram na sede da FUNAI aqui no Centro de Chapecó? Ou foram na sede da FUNAI na aldeia?

Jucelino: Olha eu...nóis viemo falá com eles ali.

Juiz: Aqui no Centro de Chapecó?

Jucelino: hum, hum.

Juiz: E aí vocês falaram com quem na FUNAI, o Senhor recorda?

*Jucelino: Ah, agora não sei.
(Mídia audiovisual - 10'56" a 11'36").*

(...)

Juiz questionando a testemunha acerca do teor das informações passadas para a FUNAI: O que que foi explicado pra FUNAI, o que que foi dito pra FUNAI?

Jucelino: Pois é, isso que eu falei, né, pra nós mandá a menina pra aldeia, né?

Juiz: Por que que vocês tinham que mandar? Vocês explicaram pra FUNAI qual era o problema?

Jucelino: (acena afirmativamente com a cabeça)

Juiz: O que que vocês explicaram?

Jucelino: Que ela acabou ficando ali...que achô (incompreensível) rapaz, daí ela desrespeitou a lei da comunidade daí a gente tinha que mandá ela...

Juiz: Isso foi falado pra FUNAI?

*Jucelino: Hum, Hum.
(21'20" a 21'52)*

Gilmar Vergueira (capitão na época): 'Que na segunda-feira pela manhã o cacique ligou para a FUNAI para arrumar passagens da aldeia para Chapecó e de Chapecó para Nonoai para que Regina fosse embora para Nonoai.' (fl. 94)

Como bem referido pelo Delegado da Polícia Federal em seu Relatório:

'A imprudência dos líderes da aldeia Condá, também está presente, uma vez que os menores Jocemar e Regina foram mantidos presos em cela que possuía um único acesso, sem que houvesse a presença de qualquer pessoa (carcereiro) para atendê-los nas necessidades que pudessem surgir no decorrer da noite.

A responsabilidade daquele que prende ou manda prender para com o que é preso é indiscutível.' [fl. 44]

No decorrer do Inquérito Policial foi ainda verificado, em face das declarações prestadas pela médica Ângela Vitória Domingues, que eram frequentes os atos de desmando cometidos dentro da aldeia por parte das lideranças indígenas, dentre elas omissão do cacique em relação ao esposo agressor de uma das indígenas residentes no local, sem que este ou a FUNAI prestassem qualquer auxílio até a denúncia da médica.

Neste sentido foi o depoimento prestado pela médica:

'Que é servidora pública municipal, atuando nas reservas indígenas Toldo Chimbangue e Condá de junho de 2005 até setembro de 2006; Que em determinada época foi procurada por uma indígena integrante da aldeia Condá, a qual lhe solicitou que fosse prestar atendimento a seu irmão que estava preso na cadeia da reserva já há alguns dias, sem receber alimentação e que o mesmo estava sentindo dor, pois o mesmo gemia muito; Que esteve pessoalmente na companhia da enfermeira Beatriz Ribeiro e do motorista da FUNASA, Ivonei, tentando prestar atendimento ao indígena, cujo nome não se recorda, que estava preso na cadeia da aldeia Condá; Que primeiramente foram até a cadeia onde não havia ninguém cuidando do estabelecimento; Que procurou o cacique, o qual não estava em casa e o capitão, que estava em casa, mas não recebeu a equipe; Que em seguida foi conversar com outros indígenas, os quais também não lhe deram atenção; Que passou mais de 40 minutos tentando conversar com os líderes de reserva, mas não conseguiu atender ao preso; Que dias depois o indígena que estava preso esteve no posto de saúde para uma consulta, sendo que o mesmo havia perdido bastante peso e estava desnutrido; [...] Que era comum agressões contra mulheres na aldeia Condá; Que o fato mais relevante foi o que envolveu a indígena Sandra Candido, a qual foi agredida por seu marido Jandir em fevereiro deste ano, quando estava grávida e em agosto do corrente ano, quando apareceu com hematoma volumoso no seio, um ferimento no supercílio e cortes na barriga, quando afirmou que seu marido tentou furar sua barriga com uma taquara; [...] Que em razão das agressões sofridas pela indígena Sandra Candido entrou em contato com a FUNASA para relatar os fatos e solicitar providências; Que a FUNASA, através dos servidores Olivete ou Clair, orientou a procurar o servidor da FUNAI, de nome Renato; Que telefonou para a FUNAI e falou com Renato e cobrou se o mesmo já havia levado os fatos ao conhecimento da polícia, tendo o mesmo lhe desestimulado a fazer a denúncia dizendo que sabia como eram os índios e que depois a FUNAI ou a médica do posto acabariam sendo responsabilizados pelos índios.' [142/4]

A médica ressaltou ainda a ocorrência de uma reunião onde foi interpelada pelos indígenas acerca da denúncia efetuada após ter sido realizada audiência entre a FUNAI, o Delegado da Polícia Federal, o Cacique Jocelino e o agressor, onde foi questionada pelos indígenas, tendo o cacique referido que esta deveria respeitar as leis indígenas e não efetuar a denúncia a terceiros e sim para o cacique [fls. 130/2], o que determinou que entrasse em contato com a Procuradoria da República onde foi instaurado procedimento administrativo.

Da mesma forma, a FUNAI tinha conhecimento dos desmandos cometidos pelas lideranças indígenas e das condições como eram mantidos os presos e como era construída a cadeia local, sem que tivesse tomado qualquer providência, mesmo que fosse através de persuasão, como referido em sua contestação.

Como já referido acima, a FUNAI tem o dever de exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio (artigo 1º, inciso VII da Lei n. 5371/67).

Neste dever de polícia também se encontra inserido, ao contrário do que afirma a ré, o seu dever de coibir atos que determinem a violação dos direitos humanos em relação aos indígenas, mesmo que sejam praticados pelos próprios índios sob o argumento de tratar-se de seus costumes.

A responsabilidade pela morte dos menores é ainda maior na medida em que as vítimas eram menores de idade, sob a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente e não poderiam em hipótese alguma, ter sido presas sem que tivessem cometido algum ato infracional, nos termos do artigo 106 do referido Estatuto. Nem tampouco violaram as regras indígenas, já que o cacique afirmou que a prisão ocorreu apenas para impedir que os menores se relacionassem. Nas suas palavras: '...pra dizê a verdade esse colocá na cadeia não é uma punição, né? Era um seguramento pra no outro dia mandá pra aldeia dela daí.....' mídia audiovisual - 10'31" a 10'39").

Não houve resistência por parte destes e nenhum ato de ingerência contra os costumes indígenas que pudesse, em nome destes, de qualquer forma justificar a prisão dos menores.

Os costumes indígenas não podem de forma alguma se sobrepor aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal também aos indígenas como brasileiros natos, no presente caso, em especial, o direito à vida e à liberdade [caput, artigo 5º da Constituição Federal].

Da mesma forma a Constituição garante a todos o direito de não ser submetidos à tortura e maus tratos, bem como o direito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX da CF/88).

Os indígenas, em especial aqueles integrados à sociedade como são todos os que residem em nossa Região, não podem em hipótese alguma, com fundamento em seus costumes se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, devendo responder integralmente pelos atos que praticarem sob tal argumento quando violarem os dispositivos constitucionais.

Mais uma vez citando o Relatório proferido no Inquérito Policial:

'O direito que os povos indígenas têm de decidir sobre suas estruturas administrativas, elegendo seus líderes e determinando as responsabilidades e sanções que serão impostas aos indígenas que infringem suas leis e costumes, não suprime o dever de respeitarem os direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidas.' [fl. 44]

O Laudo Antropológico formulado no processo criminal mais uma vez que deixa ainda mais evidente a responsabilidade da FUNAI nos atos ilícitos que culminaram com a morte dos menores, já que a autarquia insiste em afirmar que a prisão destes é costume kaingang e não poderia intervir na sua execução, quando a antropóloga afirma claramente que o tronco e a cadeia como punições por transgressões aos costumes, não são costumes kaingangs e foram incorporados pelos indígenas da cultura branca, inicialmente da escravocrata, em relação ao tronco, e quanto à cadeia, em meados dos anos 80 por determinação de um delegado de Palmas (fls. 269/76).

Os kaingang, logo, até pouco tempo atrás, não possuíam cadeias em suas aldeias e estas foram introduzidas como costume dos brancos.

Segundos os indígenas da aldeia, também não é costume kaingang prender crianças, mesmo que desrespeitem os costumes, o que, como referido pelo próprio cacique, sequer aconteceu no caso de Jocemar e Regina, já que foram presos para 'asseguramento'.

Cabe à FUNAI na qualidade de tutora dos direitos indígenas zelar pelo respeito a estes direitos e intervir inclusive em relação a atos ditos da cultura indígena quando violarem princípios fundamentais de dignidade da pessoa humana, mesmo que praticados por um indígena em relação a outro, mas a autarquia não raras vezes, se omite sob o pálio da falácia da impossibilidade de intervir nos costumes indígenas.

Ao ser informada da prisão dos menores em um ambiente que sabia não possuir a mínima estrutura física para abrigá-los com dignidade e sem qualquer motivo, deveria imediatamente ter intercedido e buscado a retirada destes da prisão, onde permaneceram por várias horas antes de serem consumidos pelo fogo.

O costume é de que não é possível casarem-se dois índios de mesma 'marca' ou descendência, tendo o intuito da prisão sido unicamente o de manter os jovens separados, o que poderia ser efetuado com a simples vigilância destes em residências separadas.

Lavar as mãos e garantir a impunidade e o desrespeito contumaz aos direitos humanos com fulcro em costumes que foram abarcados pela cultura branca por indígenas altamente inseridos na cultura branca, com acesso a celulares, internet, escolas, comércio, televisão rádio, dinheiro, etc. é no mínimo imoral.

A FUNAI agiu de forma negligente em relação aos indígenas da aldeia Condá e da mesma forma em relação às vítimas do incêndio, pois deixou de observar o seu dever de zelar pela integridade física dos índios exercendo o seu poder de polícia no aldeamento e assim, possivelmente evitando o sinistro.

Dos danos Morais

Aqui, mantenho integralmente a sentença já proferida:

Neste tópico impende verificar o valor a ser atribuído aos danos morais suportados pela demandante.

No que concerne ao valor da indenização utiliza-se como parâmetros a condição social da autora, a capacidade financeira da ré, a gravidade e a repercussão da ofensa.

A condição social da autora não é privilegiada uma vez que requereu a concessão de assistência judiciária gratuita, bem como trata-se de indígena aposentada como agricultora, percebendo assim um salário-mínimo mensal.

A ré possui elevada capacidade financeira, como pessoa jurídica pública, o que lhe permite arcar com o pagamento de uma indenização de valor significativo.

O episódio gerador do dano moral foi grave, pois a morte da filha da autora quando este tinha apenas 13 anos de idade, de uma maneira trágica e com enorme sofrimento físico, determina danos irreparáveis.

É situação irreversível que abala gravemente a vida de uma mãe, e a priva para sempre da convivência de seu ente querido.

Não se apaga a dor, mas se aplaca, dando um conforto material, satisfatório, uma compensação para diminuir as agruras da vida, a possibilidade de um maior bem estar.

Em razão do exposto e utilizando os parâmetros acima descritos vê-se que a indenização devida à autora a título de dano moral deve ser fixada no valor o equivalente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com o escopo de proporcionar-lhe, sob o aspecto material, os meios para superar as seqüelas emocionais causadas pelo evento, bem como de sensibilizar a ré para a necessidade de diligenciar com maior efetividade na fiscalização e controle dos atos praticados pelas lideranças indígenas em nome dos 'costumes'.

Da Pensão Mensal

A autora pleiteia ainda a concessão de uma pensão mensal no valor de um terço de salário-mínimo, entre os dezesseis e vinte e cinco anos da filha falecida sob o argumento de que esta, ao completar 16 anos poderia entrar no mercado de trabalho e auxiliar nas despesas da família.

Não pode ser acolhido o pedido, pois, a dependência econômica entre pais e filhos não pode ser presumida antes da entrada do filho em atividade remunerada, o que não ocorreu no caso em tela, pois a filha da autora sequer havia começado sua vida profissional.

Também não é possível presumir que a vítima viesse a exercer atividade remunerada aos dezesseis anos ou que não estaria casada até aquela data já que, como referido pela FUNAI é tradição entre os indígenas ocorrerem casamentos muito cedo, não tendo a filha da autora casado com apenas treze anos somente em razão de impedimentos culturais.

Assim, não pode ser acolhido o pedido de pensionamento pela simples presunção de que um dia a filha viria a trabalhar e ainda auxiliar nas despesas domésticas.

III - DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO para condenar a ré ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de compensação por danos morais, corrigidos monetariamente a partir da data do evento danoso - 21 de agosto de 2006 - acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, também desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Conseqüentemente condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação.

Decorrido o prazo para recursos voluntários, com ou sem aproveitamento, remetam-se os autos à Superior Instância para reexame necessário.

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

Chapecó, 09 de abril de 2013.'

Quanto a alegação de nulidade da sentença pela ausência de intimação do MPF em alguns momentos da fase instrutória, desacolho tal insurgência. Como salientou o MPF no segundo grau (evento 4), o caso em tela

não envolve interesse ou direito indígena. O fato do local do evento danoso ser uma aldeia indígena, por si só, não enseja a intervenção obrigatória do *Parquet*. Assim, inexistente qualquer nulidade a ser reconhecida.

Quanto à alegação de ilegitimidade da parte autora, os documentos insertos no evento 12 demonstram o parentesco da autora com a menor vítima do evento danoso, inexistindo dúvidas de que a recorrida litiga legitimada.

No mérito, à exceção dos critérios de atualização monetária, matéria que será analisada oportunamente, considero irretocáveis os fundamentos da sentença monocrática, os quais adoto integralmente, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, o juízo de origem está próximo das partes, realizou ampla dilação probatória, analisou detidamente a controvérsia inserta nos autos, razão pela qual deve ser prestigiada sua apreciação dos fatos da causa e sua conclusão no sentido da existência dos requisitos necessários à responsabilização civil da requerida, uma vez que restou demonstrado o ato/fato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, inexistindo nos autos elementos que justifiquem a alteração do que foi decidido.

No que se refere ao *quantum* estabelecido a título de dano moral, fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a FUNAI pede que seja minorado.

No arbitramento da indenização advinda de danos morais, o julgador deve se valer do bom senso e razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso, não podendo ser fixado *quantum* que torne irrisória a condenação, tampouco valor vultoso que traduza enriquecimento ilícito.

A respeito do tema colaciono a seguinte ementa do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

(...)

2. O valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

3. In casu, o quantum fixado pelo Tribunal a quo a título de reparação de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 884.139/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18.12.2007, DJ 11.02.2008 p. 1)

Dentro destas circunstâncias, e levando-se em conta a natureza e gravidade do dano (morte), o princípio da razoabilidade, a extensão e repercussão

do dano e a impossibilidade de serem fixados valores que ocasionem o enriquecimento indevido, entendo que deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Assim, desacolho o apelo da FUNAI no ponto.

Dos consectários legais

Quanto à indenização por danos morais e estéticos, o termo inicial da correção monetária é a data do arbitramento do valor - Súmula 362 do STJ - (no caso, a sentença).

Quanto aos juros de mora, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

No tocante aos acréscimos legais, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, nas ADIs n.ºs 4357, 4372, 4400 e 4425, reconheceu a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária, modulando os efeitos da decisão para mantê-la em relação aos precatórios expedidos ou pagos até 25/03/2015.

Todavia, a questão relativa à aplicação do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, na redação dada pela Lei n.º 11.960/2009, no período anterior à inscrição da requisição de pagamento, ainda não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria (RE 870947).

Por essa razão, a especificação dos critérios de correção monetária e juros deve ser diferida para a fase da execução, de modo a racionalizar o andamento do processo. A ação de conhecimento deve centrar-se no reconhecimento do direito postulado, e qualquer controvérsia acerca dos encargos legais incidentes sobre o débito ora imputado à ré, dado o caráter instrumental e acessório, não pode impedir seu regular trâmite até o desfecho final, com o esgotamento de todos os recursos atinentes à matéria de fundo.

Reconhece-se, assim, por ora, que é devida a incidência de juros e correção monetária sobre o débito, nos termos da legislação vigente no período a que se refere, postergando-se a especificação dos índices e taxas aplicáveis para a fase de execução.

Logo, acolho a insurgência da União quanto aos critérios de atualização monetária.

Os honorários advocatícios restam mantidos, porquanto fixados conforme entendimento consolidado na Turma (10% sobre o valor da condenação).

Do prequestionamento

Em face do disposto nas súmulas n.ºs 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explico que a decisão não contraria nem nega vigência às disposições legais/constitucionais prequestionadas pelas partes.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8524146v5** e, se solicitado, do código CRC **D849E0E3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Sérgio Renato Tejada Garcia

Data e Hora: 29/09/2016 20:19

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 28/09/2016
APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5006347-83.2013.4.04.7202/SC
ORIGEM: SC 50063478320134047202

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
PRESIDENTE : Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
PROCURADOR : Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas
PEDIDO DE PREFERÊNCIA : Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas p/ Ministério Público Federal
APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
APELADO : MARIA ONDINA NASCIMENTO
ADVOGADO : ARMILO ZANATTA
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 28/09/2016, na seqüência 193, disponibilizada no DE de 29/08/2016, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
ACÓRDÃO : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
VOTANTE(S) : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
: Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
: Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8616960v1** e, se solicitado, do código CRC **6B9B6761**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Data e Hora: 28/09/2016 14:26