



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

PROCEDIMENTO COMUM (7) Nº 0000055-76.2017.4.03.6129 / 1ª Vara Federal de Registro

AUTOR: ALDEIA INDIGENA TAKUARI TY

RÉU: ADVOCACIA GERAL DA UNIAO, ESTADO DE SAO PAULO

SENTENÇA – Tipo A

Trata-se de nominada *ação ordinária com pedido de tutela provisória de urgência (construção de prédio escolar definitivo)*, ajuizada pela comunidade da Aldeia Indígena *Takuari Ty* de Cananéia, no Estado de São Paulo - assistida pela Defensoria Pública da União -, em desfavor das pessoas jurídicas de direito público (interno), *a União e o Estado de São Paulo*, objetivando que os réus passem adotar as medidas necessárias para a imediata construção de prédio escolar, no âmbito daquela comunidade indígena.

Segundo narrativa da **peça exordial**, as crianças integrantes da comunidade Takuari Ty de Cananéia encontram-se estudando, segundo a autora, em “*um prédio de `madeirite' e precário é pouco para defini-lo*”. Informa que a Fundação Nacional do Índio – Funai vem diligenciado, sem sucesso, desde o ano de 2001, visando a que seja construído um prédio definitivo e estruturado para as atividades escolares das crianças e/ou adolescentes que residem na Aldeia, acima nominada.

A parte autora invoca o direito fundamental à educação, a necessidade de atuação do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Executivo e a impossibilidade de opor questões orçamentárias frente à concretização de direitos fundamentais. Colacionou documentos (fls. 25/72 – id. 12549240).

Os **benefícios da justiça gratuita** foram deferidos e foi determinada a citação dos réus (fls. 76/77 – id. 12549240).

A **União**, citada (fls. 86, id. 12549240), apresentou **contestação** arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, invocou limites orçamentários e operacionais para se eximir do encargo da construção da escola indicada. Ademais, se utiliza do argumento do princípio da isonomia para afirmar que as políticas públicas devem ser implementadas em detrimento de toda sociedade e não de um segmento específico. Argumentou, ainda, que o planejamento de políticas públicas é atividade própria do Poder Executivo (fls. 90/109 – id. 12549240).

O **Estado de São Paulo**, citado (fls. 89 – id. 12549240), apresentou **contestação** informando que não há inércia da Administração Pública estadual e que já providenciou estudos técnicos para atender ao pleito da mencionada comunidade escolar (indígena). Argumentou que a pretensão inicial demanda, contudo, recursos públicos



contingenciados e de procedimento licitatório específico. Concluiu dizendo que as escolhas referentes aos critérios utilizados para implementação de políticas públicas são discricionárias (fls. 110/117 – id. 12549240). Colacionou documentos (fls. 118/122 – id. 12549240).

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União foi afastada e o **pedido liminar foi indeferido** (fls. 124/128 – id. 12549240).

Realizada audiência de conciliação (fls. 148 – id. 12549240), foi acordado o seguintes entre a autora e o Estado de São Paulo a “*suspensão do processo pelo prazo de sessenta dias, dentro do qual o Estado de São Paulo apresentaria manifestação escrita acerca da aceitação, ou não, de acordo pelo qual assumiria responsabilidade de, em até 6 meses, apresentar nos autos de maneira circunstanciada relatório de todas as providências voltadas a construção, até o prazo máximo de 1 ano, contada da data da aceitação pelo Estado de São Paulo da proposta em tela, da escola indígena objeto da presente demanda, ou seja, na comunidade Indígena TAKUARI TY*”. Naquela oportunidade, foi determinado no feito: “*Suspendo o processo pelo prazo de sessenta dias, na forma da proposta conjunta formulada pelas partes, conforme acima delineada, cabendo ao Estado de São Paulo, vencido o prazo da suspensão do processo, ou mesmo antes disso, apresentar sua manifestação escrita das providências adotadas no âmbito da administração paulista para construir a escola na comunidade indígena Takuari Ty*”.

O Ministério Público Federal passou a ter atuação na demanda, como *custus legis* (fls. 167– id. 12549240).

O Estado de São Paulo manifestou-se ofertando proposta de acordo (fls. 168/169, id. 12549240), que não foi aceita pela autora (fls. 179/181 – id. 12549240).

O **Ministério Público Federal** apresentou parecer pugnando pela concessão de antecipação de tutela (fls.184/197 – id. 12549240).

Sobreveio nova audiência conciliatória agendada no feito (fls. 269 – 12549240). Então, quando da sua realização, na abertura dos trabalhos, o corréu Estado de São Paulo disse que “*reconhece a sua obrigação de construção da escola na ALDEIA INDIGENA TAKUARI TY de Cananéia , nos termos do projeto básico que vem sendo executado no Vale do Ribeira, como recentemente em Aldeia de Miracatu, por exemplo. 2. Compromete-se a seguir o cronograma de trabalho relativo à construção da citada escola, conforme indicado na petição de fls. 166/167 e ofício de 1601162, mais especificadamente na Fl. 161. 3. Fica estabelecida a data de OS de fevereiro de 2018 para Início do cumprimento do cronograma apresentado pela Secretaria, a contar da segunda etapa, pois a primeira - inclusão da nova obra na proposta orçamentária para 2018 já foi superada, conforme noticiado acima nesta audiência pelo Estado de São Paulo. 4. Suspensão do processo pelo prazo de cinco meses para comprovação do cumprimento da primeira etapa da obrigação assumida. 5. No final do prazo de cinco meses, deverá o Estado de São Paulo apresentar Informações nos autos no processo sobre o cumprimento da meta estimada, salvo razões justificadoras que demonstrem o Impedimento da realização da prestação. 6. Com a Informação ou transcurso do prazo, vista dos autos ao Autor e ao Ministério Público Federal*”. A parte autora e o Órgão do MPF concordaram com os termos da proposta apresentada pelo Estado paulista. Então,



pelo Juízo foi determinada a suspensão do tramite do processo para se aguardar a notícia sobre o cumprimento do acordo entabulado em audiência.

Ao depois, os autos do processo – diga-se que tramitavam fisicamente (em papel) foram virtualizados (formato eletrônico, via novel sistema PJe implantado pelo TRF/3R) - e a parte autora manifestou-se requerendo a homologação do acordado em audiência e, em caso de descumprimento, a fixação de multa diária em desfavor dos réus (id. 16928291).

O Estado de São Paulo foi intimado para comprovar o cumprimento do acordo entabulado (id. 14038308), contudo, ficou-se inerte (id. 15866302).

O **Órgão do MPF** pronunciou-se em parecer para requerer a reapreciação da concessão de tutela de urgência, bem como a intimação do Estado de São Paulo para comprovar documentalmente as metas estabelecidas quando das audiências conciliatórias no feito (id. 18178061).

O Estado de São Paulo e a DPU, instados a se manifestarem (id. 18272006), permaneceram silentes (id. 20285008).

É, em síntese, o relatório.

Passo a decidir.

Cuida-se de demanda de cunho social/educacional, ajuizada pela comunidade da Aldeia Indígena *Takuari Ty*, representada em Juízo pela esforçada DPU/local, em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, a União e o Estado de São Paulo, objetivando a construção de um equipamento público, o prédio escolar daquela Comunidade Indígena. Sobreleva acentuar, outrossim:

(a) a demanda em questão visa a garantir direito fundamental de acesso à educação para crianças indígenas, assegurado diretamente pela Constituição Federal (artigo 6º e 205), sendo o ensino pautado pela previsão de “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (artigo 206, I) e pelo dever do Estado de garantir educação básica e gratuita (artigo 208, I), inclusive com preceitos próprios e específicos quanto ao grupo em questão, sendo assegurada “formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” (artigo 210, caput), bem como assegurado às comunidades indígenas “a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem” (artigo 210, § 2º);

(b) o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê o direito à educação, com previsão de “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, bem como “acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência” (artigo 53, I e V);

(c) assim, tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional efetivamente asseguram o direito pleiteado, devendo ser verificado, neste momento, se os fatos demonstrados nos autos importam em violação aos preceitos e dispositivos mencionados, bem como se é cabível a intervenção judicial no caso concreto;



(d) por certo que o Poder Judiciário não pode substituir a administração pública na determinação de quais políticas públicas serão adotadas para assegurar os preceitos antes mencionados. Entretanto, no caso concreto, a situação apresentada nos autos demonstra que a própria administração pública já apontou a necessidade de construção da escola, ou seja, a medida pleiteada foi definida como necessária na própria esfera administrativa e o feito ajuizado na esfera judicial apenas busca a efetivação de uma medida de política pública já definida como necessária pela própria administração, não havendo que se falar em ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo.

Da tentativa de conciliação

Inicialmente, fica consignado que a presente demanda foi protocolada perante esta Vara Federal de Registro, em janeiro de 2017.

Durante o trâmite processual este Juízo, juntamente com as pessoas/representantes integrantes do processo, além de outros órgãos/entidades envolvidas com a questão da educação indígena, como, a Secretaria de Educação (estadual e municipal), a FUNAI, a DPU/local, o MPF/Procuradoria local, realizou diversas audiências visando obter um acordo entre as partes do processo, via conciliação. Acredito, pessoalmente, não ser a sentença judicial que funcione como uma vara de condão – ‘faça-se a escola’. É que, em demandas de cunho social como esta, tenho que a construção (parafraseando objeto do pedido) se dá com a participação de todos os atores do processo.

Nas respectivas oportunidades da conciliação, embora a União não tenha comparecido em nenhuma delas, o Estado de São Paulo comprometeu-se a tomar diversas providências no sentido de realizar o sonho da construção do prédio escolar pretendido pela comunidade indígena da Aldeia Indígena *Takuari Ty*. Inclusive, registre-se, a Procuradoria judicial do Estado paulista apresentou cronograma para realização da obra pretendida, com previsão de dotação orçamentária, bem como já havia um projeto estrutural/arquitetônico para a obra (fls. 173 – id. 1259240). Após mais de dois anos o começo das tratativas judiciais, o Estado de São Paulo, embora intimado por vezes no feito, não apresentou comprovação de atos materiais tendentes ao erguimento do equipamento público, com isso, objetivando a comprovar o cumprimento do inicialmente entabulado nas rodadas de conciliação.

Note-se: o Estado de São Paulo manteve-se inerte, sem apresentar nem ao menos justificativa para o descumprimento, ou até, impossibilidade, de cumprir com a palavra dada naquelas rodadas de negociação, em juízo. Conduta esta, que diante dos princípios expressos do novo CPC, como do dever de cooperação e de lealdade, deve ser considerada desrespeitosa aos atores processuais, em especial ao juiz condutor do processo.

Assim, dando seguimento a marcha processual, pois a comunidade envolvida espera a rápida solução do feito em Juízo (direito constitucional expresso) e, ainda, considerando que as partes-rés já foram citadas e apresentaram peça defensiva e, ainda, que a matéria versada nos autos do processo dispensa dilação probatória. Então, verifico que a demanda encontra-se apta a receber o julgamento em primeiro grau de jurisdição,



passo, pois, a fazê-lo.

Preliminares

A preliminar de ilegitimidade passiva invocada pela União já foi afastada no feito (fls. 124/128 – id. 12549240). Contra tal pronunciamento judicial, a União não opôs recurso. Assim, não havendo outras matérias preliminares a serem apreciadas, adentro ao mérito.

Mérito

A requerente, Aldeia Indígena *Takuari Ty*, objetiva que a União e o Estado de São Paulo sejam condenados à obrigação de fazer consistente na construção do “*prédio definitivo da Escola Estadual Indígena da Aldeia Takuari Ty, com a devida estrutura: duas salas, sanitário, refeitório, cozinha, biblioteca, espaço administrativo, pátio coberto e sala de informática*”.

Poder discricionário (Poderes: Executivo x Judiciário)

Em regra, não se desconhece que, doutrina e jurisprudência pátrias, indicam que o planejamento de políticas públicas é atividade própria do Poder Executivo.

Os réus, nas respectivas peças contestatórias, invocam o óbice da separação de poderes, para tanto, argumentando sobre a discricionariedade do Poder Executivo para eleger a atuação do Estado e seus termos. Pois bem.

Antes de examinar o mérito próprio da demanda faço alusão ao tema invocado pela defesa dos entes administrativos, ora réus.

Doutrina e jurisprudência não tergiversam em afirmar que o mérito do ato administrativo não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida interferência nas atribuições exclusivas da Administração, com violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. A lição é precisa; não se discute. O problema é delimitar quando a Administração pode agir discricionariamente, isto é, com base em critérios de conveniência e oportunidade.

Tradicionalmente a competência discricionária é analisada à luz da lei, abstratamente considerada. Assim, se a norma jurídica deixa ao administrador margem de liberdade para agir, não caberia ao Judiciário imiscuir-se nessa atividade substituindo por sua própria vontade aquela do agente legitimamente eleito para decidir quanto à conveniência e oportunidade da prática do ato ou de seu objeto.

Entrementes, não se pode deixar de gizar que a atividade administrativa destina-se à satisfação das necessidades e interesses públicos, bem como que a competência discricionária somente é atribuída ao administrador em razão da impossibilidade do legislador prever previamente as soluções ideais para todos os casos concretos. Trata-se de expediente normativo destinado a fazer com que a Administração melhor atenda à finalidade a que a regra de Direito se destina.

Daí por que, ainda que prevista na lei, se diante de um caso concreto houver



uma única solução possível de atender às necessidades ou interesses públicos, não remanescerá ao administrador qualquer margem de liberdade. A competência discricionária que lhe foi atribuída em tese deixará de subsistir em razão das peculiaridades da situação concreta. O administrador não terá mais possibilidade de escolha sobre a prática ou não do ato ou sobre seu objeto, tendo o dever de agir da única forma capaz de satisfazer os interesses coletivos que a norma procura tutelar.

Nas palavras do em. Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

30. Com efeito, se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicada.

A existência de uma variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discricção evidentemente não significa que esta considere que todas estas soluções são igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros casos.

*31. Ora, em sendo verdadeira esta afirmação, em sendo corretas – como certamente o são – as lições de Guido Falzone, segundo quem existe **um dever jurídico de boa Administração e não apenas um dever moral ou de Ciência da Administração, porque a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade.***

Donde, perante eventos desta compostura, em despeito da discricção presumida na norma de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária, já que esta, no plano das relações jurídicas, só existe perante o caso concreto. Na regra de direito ela está prevista como uma possibilidade – não como uma certeza. A “admissão” de discricionariade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra in concreto. Sua previsão na “estática” do Direito, não lhe assegura presença na “dinâmica” do Direito. Para servimo-nos de expressões da filosofia aristotélico-temista: a discricionariade na regra de direito contém in potentia a discricionariade in actu, mas nada mais que isto.

Logo, não bastará invocar a expressão legal enunciadora de conceito fluido ou que dá liberdade de fazer ou não fazer, ou que permite praticar o ato A, B ou C, para que o órgão controlador (interno ou externo) da



legitimidade, seja o Judiciário, seja a Administração Pública, tenha que concluir que existe discricção e que, por isso, não pode ser examinado a fundo o ato, sob pena de estar-se entrando no mérito do ato administrativo. É que isto não é “mérito” do ato administrativo. (Grifos do original) (In Discricionariiedade e controle jurisdiccional, 2ª edição, Malheiros: São Paulo, 2000, pp. 36-37).

Diante disso, a simples atribuição concedida ao Poder Executivo de realizar a execução das obras e serviços voltados à prestação educacional, não afasta, de forma peremptória, a possibilidade de, diante das particularidades do caso concreto, somente uma solução mostrar-se compatível com o interesse público, tornando-se obrigatória para o agente público.

Nesse sentido, cito entendimento jurisprudencial adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu



*impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. 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 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. (...) **Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...)** (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191 – g.n.)*

No caso específico dos autos PJe – construção de prédio definitivo da Escola Estadual Indígena da Aldeia *Takuari Ty* –, observe-se a linha temporal dos eventos que apontam para a mora estatal, conforme dados extraídos de documentos no feito em exame:

- Em maio de 2011 a FUNAI solicitou a criação de uma escola estadual indígena na Aldeia *Takuari Ty*;

- Em janeiro de 2014, a unidade escolar foi criada, através do decreto estadual nº 60.076;

- Em 2016, o Centro de Planejamento e Acompanhamento de Obras e Serviços de Engenharia – CEPLAE informou que a Secretaria de Estado da Educação está constituindo um Grupo de Trabalho visando estudos e proposta de solução de infraestrutura para atendimento referente aos prédios escolares indígenas;



- Ainda no ano de 2016, a Diretoria de Ensino da Região de Registro informou que o pedido referente à construção do prédio escolar definitivo para a EE Aldeia *Takuari Ty* foi registrado na FDE como GOE 50/0700/14 em 14.12.2014.

Após, não há mais notícias do erguimento do referido equipamento público, e o Estado de São Paulo permanece silente no feito em exame, mesmo tendo sido intimado para prestar as devidas informações sobre o caso. O que se extrai dos autos são as informações do *Parquet* e da *DPU* que a obra não foi realizada.

Por todas essas ponderações a alegação estatal de que o pedido formulado pela comunidade indígena visando à obrigação de fazer (construção de escola) feriria a separação de poderes ou a discricionariedade do Poder Executivo, não merece guarida.

Prossigo na análise da demanda.

Considerações gerais sobre o pleito da construção do prédio escolar.

O art. 231 da Constituição elenca um conjunto de medidas que visam à proteção dos indígenas tanto no que diz respeito às suas práticas sociais (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), quanto no que tange aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam:

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

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

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

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

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

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



retorno imediato logo que cesse o risco.

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

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

O dispositivo em questão evidencia a preocupação do nosso Constituinte Originário no tocante à preservação de espaços ocupados tradicionalmente pelos índios; de modo a conferir-lhes direito sobre esses espaços territoriais (áreas indígenas). Direito esse acompanhado de determinadas garantias para a sua fruição efetiva. O mecanismo demonstra a clara intenção de manter um conjunto mínimo de direitos aos indígenas, capaz de viabilizar a vida em comunidade.

A leitura sistemática da Constituição permite concluir haver uma preocupação central em permitir a manutenção de um conjunto mínimo de direitos relacionados às áreas ocupadas pelos indígenas. Sobre o ponto, confira-se a lição de José Afonso da Silva:

A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza - como lembra Manuela Carneiro da Cunha - constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. [...]

(SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 869)

A preocupação do Constituinte em manter as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas nesta condição revela que as comunidades dependem de estruturas físicas que lhes permitam manter a sua identidade. Permitir que tais estruturas, de obrigação estatal, não sejam prestadas adequadamente é atingir a Comunidade em sua dignidade. É por isso que se faz tão necessário, no caso, medida efetiva por parte do Poder Público (estadual e federal) tendente a garantir essa contraprestação estatal (educacional).

De outra parte, há que se considerar a necessidade de adequada prestação educacional à sociedade, no caso da Comunidade da Aldeia *Takuari Ty de Cananéia/SP*. Tal direito básico encontra guarida, também, no texto constitucional.

Vejamos os **artigos 205 e 206 da Constituição Federal**:



Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006), g.n.

Mais especificamente, o **Decreto nº 6.861/2009**, que dispõe sobre a educação escolar indígena, dispõe:

Art. 1º A educação escolar indígena será organizada com a participação dos povos indígenas, observada a sua territorialidade e respeitando suas necessidades e especificidades.

Art. 2º São objetivos da educação escolar indígena:

I - valorização das culturas dos povos indígenas e a afirmação e manutenção de sua diversidade étnica;

II - fortalecimento das práticas socioculturais e da língua materna de cada comunidade indígena;

III - formulação e manutenção de programas de formação de pessoal especializado, destinados à educação escolar nas comunidades indígenas;

IV - desenvolvimento de currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;



V - elaboração e publicação sistemática de material didático específico e diferenciado; e

VI - afirmação das identidades étnicas e consideração dos projetos societários definidos de forma autônoma por cada povo indígena.

Art. 3o Será reconhecida às escolas indígenas a condição de escolas com normas próprias e diretrizes curriculares específicas, voltadas ao ensino intercultural e bilíngue ou multilíngue, gozando de prerrogativas especiais para organização das atividades escolares, respeitado o fluxo das atividades econômicas, sociais, culturais e religiosas e as especificidades de cada comunidade, independentemente do ano civil.

Art. 4o Constituirão elementos básicos para a organização, a estrutura e o funcionamento da escola indígena:

I - sua localização em terras habitadas por comunidades indígenas;

II - exclusividade de atendimento a comunidades indígenas;

III - ensino ministrado nas línguas maternas das comunidades atendidas; e

IV - organização escolar própria.

Parágrafo único. A escola indígena será criada por iniciativa ou reivindicação da comunidade interessada, ou com sua anuência, respeitadas suas formas de representação.

Logo, é obrigação do Poder Público, pelos seus agentes competentes, a proteção das comunidades indígenas, inclusive com a prestação de ensino regular e adequado à Comunidade, indígena ou não, e aos princípios constitucionais basilares.

Feitas estas digressões, volta-se ao caso em análise.

Na prova produzida no feito, se pode notar a precariedade estrutural do atual prédio onde ministrado aulas, prestação do serviço educacional, para as crianças da Aldeia indígena, ora autora. Segundo informes extraídos da prova coletada, há uma construção precária, na qual **29 crianças de diversas idades**, que deveriam frequentar ano escolar diverso, se agrupam num mesmo espaço físico para ter aulas. Perceba-se que, embora a referida escola estadual tenha sido criada no ano de 2014, através do Decreto nº 60.076 do Estado de São Paulo, ainda não houve construção do prédio escolar adequado, segundo dizeres da peça vestibular.

Note-se, ante a evidente precariedade do atual prédio que abriga a escola indígena daquela comunidade, o corrêu Estado de São Paulo se manifestou no sentido de que *“reconhece a sua obrigação de construção da escola na ALDEIA TAKUARI TY, nos termos do projeto básico que vem sendo executado no Vale do Ribeira, como recentemente em Aldeia de Miracatu, por exemplo”*. No mesmo momento processual, o réu comprometeu-se a seguir cronograma de trabalho relativo à construção da nova escola daquela comunidade de Índios (fls. 269 – id. 12549240).



Processualmente, diga-se: o Estado de São Paulo anuiu, em tese, com a aspiração daquela comunidade de Índios em ter uma nova escola para receber o serviços educacional para seus filhos/descendentes. Nesse aspecto, em sua peça contestatória, alegou a inexistência de mora estatal. Ora, o réu foi instado a se manifestar diversas vezes acerca do procedimento adotado para a edificação, construção daquela escola, e ficou-se silente no feito.

A existência de procedimentos administrativos no âmbito da administração pública estadual paulista, referente à edificação da obra daquela Escola Indígena dá conta da inadequação do espaço, até então existente, para o desenvolvimento das atividades educacionais necessárias para a formação dos estudantes indígenas.

Entende a comunidade autora (de Índios), entendimento que adiro neste julgado por sua pertinência, que não é suficiente a simples prestação do serviço educacional pelo Ente Público, mas sim que a prestação do serviço público venha acompanhada das condições necessárias e essenciais para que seja possível garantir um padrão mínimo de qualidade, em especial nos serviços públicos de educação. Note-se, para os quais a falta de estrutura mínima de obra acarreta déficit de aprendizado e, até mesmo, havendo possibilidade de evasão escolar por parte dos indígenas que lá estudam.

De outro giro, repise-se a comprovada inércia do Ente Público Estadual paulista, no ponto, na medida em que o projeto já existente de construção da Escola Indígena multicitada, criada em 2014, remonta noticiado desde o ano de 2016. No caso em apreço o que, por si só, demonstra ciência do grave problema pelo Ente Público (União e Estado de SP) e reforça a necessidade de adequação daquele espaço escolar, agora por força da decisão judicial, ora proferida.

Por todas essas ponderações, excepcionalmente, acolho o pedido formulado pela comunidade indígena em sua peça inicial. De caso semelhante, cito precedente entendimento jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE AUXÍLIO TÉCNICO E FINANCEIRO. PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. MÍNIMO EXISTENCIAL. AUTOCONTENÇÃO. EDUCAÇÃO DE POVO INDÍGENA. CONSTRUÇÃO DE ESCOLA. NECESSIDADE DEMONSTRADA. INTERVENÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. A intervenção judicial para a promoção de políticas públicas, embora por vezes necessária, deve ser excepcional, notadamente quando imprescindível para a promoção do mínimo existencial.

2. Respeitado o núcleo intangível dos direitos fundamentais, forçosa se apresenta a consideração da comprovada carência de recursos financeiros públicos e das escolhas trágicas (difíceis) levadas a efeito pelo Administrador, com a autocontenção judicial.

3. Ou seja, para a promoção do mínimo existencial, não se admitem, de ordinário, alegações de impossibilidade fática ou jurídica, abrindo-se as



portas para a sindicabilidade judicial; observado, porém, o núcleo duro dos direitos fundamentais intergeracionais, deve-se respeitar - também de ordinário - a gestão pública administrativa, sob pena de infundado ativismo judicial.

4. Na espécie, identifica-se a mora estatal em garantir o acesso da comunidade indígena ao ensino público de qualidade, posto que ainda em 2010 houve o início das tratativas para a ampliação das escolas, sem que houvesse a liberação dos recursos para início da obra, deixando desassistidos os estudantes em idade escolar, atendidos durante o período em local precário e inapropriado, o que autoriza a intervenção judicial postulada.

5. *Apelação improvida. (TRF4 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000042-46.2015.4.04.7127/RS – 27.03.2018 – g.n.)*

Dispositivo

Por todo o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido inicial, com fulcro no artigo 487, I, do CPC, para **condenar**, conjuntamente, a União e o Estado de São Paulo, considerando suas atribuições administrativas respectivas, na obrigação de fazer consistente na realização de obra visando à construção do prédio (novo) da *Escola Estadual Indígena da Aldeia Takuari Ty*, na referida comunidade indígena, localizada no Município de Cananéia, no Estado de São Paulo.

Consoante pedido inicial, o prédio a ser construído deverá contar com a seguinte estrutura física, no mínimo: duas salas, sanitário, refeitório, cozinha, biblioteca, espaço administrativo, pátio coberto com sala de informática.

Sem condenação em custas, nos moldes do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

Deixo de condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora (DPU), eis que atuante contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública, a teor da Súmula nº 421, do STJ. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PARTE AUTORA ASSISTIDA POR DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. CONFUSÃO CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 421/STJ.

1. Discute-se nos autos a aplicação ou não da Súmula 421/STJ quando a Defensoria Pública da União demanda contra o INSS.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.199.715/RJ, representativo de controvérsia, de Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 16/2/2011 pela Corte Especial, publicação no DJe de 12/4/2011, firmou o entendimento de que **não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública.**



3. *Hipótese em que a Fazenda Pública abarca tanto a autarquia previdenciária quanto a Defensoria Pública da União. Incidência da Súmula 421/STJ.*

4. *Recurso Especial provido.* (STJ, REsp 1699966/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Publicado no DJe em 18.12.2017).

Menciono, ainda, que a matéria encontra-se pendente de julgamento pelo E. STF no RE 1140005, que já teve sua repercussão geral conhecida.

Por seu turno, condeno o Estado de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, os quais fixo por apreciação equitativa, nos termos do art. 85, §8º, do CPC^[1], no importe equivalente a R\$ 3.000,00 (três mil reais). Tal se deve, porquanto, a peça inicial traz indicado valor da causa expresso em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Sentença sujeita a reexame necessário.

Havendo interposição tempestiva de recurso(s) voluntário(s), intime(m)-se a(s) parte(s) contrária(s) para apresentação de contrarrazões, no prazo legal. Juntados os eventuais recursos e as respectivas contrarrazões, devem ser os autos remetidos ao egrégio TRF da 3ª Região.

Registrada eletronicamente. Publique-se. Intime-se.

Registro/SP, 21 de outubro de 2019.

JOÃO BATISTA MACHADO

Juiz Federal

(assinado eletronicamente – art. 1º, §2º, III, “a”, da Lei nº 11.419/06)

^[1] § 8º *Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.*

