

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001894-
41.2006.404.7214/SC

RELATORA : Des. Federal SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB

APELANTE : ALVINO SAIDEL e outro

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde e outro

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : ANASTACIA SKRYPEC SAIDEL

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União

APELADO : (Os mesmos)

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA VF e JEF DE MAFRA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVASÃO DOS ÍNDIOS DA RESERVA INDÍGENA IBIRAMA - LA KLANO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA FUNAI. PRESCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE DO

ESTADO. CULPA IN VIGILANDO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO.

. Na esteira de precedentes da Segunda Seção e da Quarta Turma desta Corte, tanto a FUNAI quanto a União detêm legitimidade para responder pelos danos causados por invasão de comunidade indígena em propriedade privada.

. Em relação aos fatos ocorridos antes do novo Código Civil, conforme o art. 2.028 combinado com os arts. 1º e 10 do Decreto nº 20.910/32, o prazo prescricional para postular reparação civil é de 5 anos. Caracterizada a prescrição tendo em vista o transcurso de mais de cinco anos desde a ocorrência da primeira invasão em 1998.

. Em relação aos fatos ocorridos depois do novo Código Civil, incide o prazo de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V. Prescrição afastada.

. A responsabilidade subjetiva do Estado decorre de omissão do Estado, por negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em determinada obrigação (dolo).

. Em sendo a União e a FUNAI responsáveis pela tutela dos direitos indígenas, tal como preceitua o art. 4º, parágrafo único, do novo Código Civil, a Lei n.º 6.001/73 (Estatuto do Índio) e o Decreto nº 564/2002, e considerando a proteção estabelecida no art. 231, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal, incumbe-lhe cuidar que esta proteção não afronte os direitos dos demais cidadãos, sendo imperioso um acompanhamento das atividades indígenas.

. Demonstrado o nexo causal entre a omissão e o dano, exsurge para o ente público o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo.

. Se a União e a FUNAI permaneceram inerte, deixando de evitar o confronto dos índios com os proprietários rurais, já ocorridos noutras ocasiões, em terras objeto de processo demarcatório conduzido pelos órgãos responsáveis, que culminaram na tensão e no medo sentidos pelos autores, além do sofrimento físico por ferimento à bala disparada por arma de fogo, inegável o dano moral.

. Indenização por danos morais fixada em R\$ 30.000,00, segundo a situação econômica do ofensor, prudente arbítrio e critérios viabilizados pelo próprio sistema jurídico, que afastam a subjetividade, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à ofensa e ao dano a ser reparado, porque a mesma detém dupla função, qual seja: compensar o dano sofrido e punir o réu.

. Sucumbindo os autores de parte mínima do pedido, o pagamento dos honorários advocatícios incumbe às rés.

. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

. Apelação dos autores parcialmente provida e apelações da União e da FUNAI e remessa oficial improvidas.

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 dos autores e negar provimento à apelação da União e da Funai e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de novembro de 2011.

Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Relatora

Documento eletrônico assinado por Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb, Relatora, 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 4648747v5 e, se solicitado, do código CRC ADF1F7CF.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Data e Hora: 14/12/2011 15:33

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001894-
41.2006.404.7214/SC

RELATORA : Des. Federal SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB

APELANTE : ALVINO SAIDEL e outro

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde e outro

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : ANASTACIA SKRYPEC SAIDEL

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União

APELADO : (Os mesmos)

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA VF e JEF DE MAFRA

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária visando o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de atos de esbulho e de turbação praticados por índios da Reserva Indígena Ibirama - La Klano em imóvel de propriedade dos autores.

Na inicial foram elencados os danos sofridos, in verbis:

Os danos emergentes impingidos aos autores decorreram, ao longo do tempo em que perdurou a conduta esbulhativa dos índios, da invasão, destruição e furto de bens móveis de propriedade dos autores, além da agressão física perpetrada a autora Anastácia Saidel por projétil disparado por arma de fogo manejada pelos mesmos silvícolas. Assim os danos emergentes são os seguintes (docs. anexos ns. 436/438):

- a) os silvícolas invadiram e habitaram de julho/98 a janeiro/99, barracão situado no interior da propriedade dos autores;
- b) 3.500 mudas de pinus com aproximadamente 01 (um) ano destruídas durante a primeira invasão;
- c) 6.500 árvores de pinus com aproximadamente 10 anos subtraídas em 2006;
- d) 04 (quatro) cabeças de gado bovino, sendo uma vaca, um touro e três novilhos;
- e) 2000 (duas mil) carpas capim;
- f) 400 (quatrocentos) metros de cerca de arame com cinco fios;
- g) 130 (cento e trinta) palanques de cerca;

- h) 50 (cinquenta) sacas de milho que estavam estocadas no barracão e foram furtadas pelos índios;
- i) 100 (cem) metros de varotes para construção;
- j) 500 (quinhentos) quilos de batata salsa;
- k) 700 (setecentos) quilos de batata doce;
- l) 02 (dois) fornos de carvão destruídos;
- m) 01 (um) motor elétrico;
- n) uma safra de 1999 de milho e feijão perdida completamente;
- o) redução e, ou paralisação completa da capacidade laborativa da autora Anastácia Saidel que, na qualidade de agricultora, concorria para os proventos familiares na razão aproximada de 01 (um) salário mínimo mensal em razão dos tiros que lhe foram desferidos.

Devidamente processado o feito, foi proferida sentença, cujo dispositivo tem o seguinte teor:

Ante o exposto, afasto as preliminares, acolho, em parte, a prejudicial de prescrição, para declarar prescrita a pretensão indenizatória dos prejuízos referidos nos itens a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m e n de fls. 40 e 41, das parcelas da pensão mensal vitalícia vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação e dos danos morais pelas invasões havidas em 1998, e julgo parcialmente procedentes os pedidos, para, com fundamento no art. 269, I, do CPC, condenar os réus a indenizar os autores por:

- a) danos patrimoniais decorrentes da subtração das árvores de pinus (item c, fl. 40), em montante a ser apurado em sede de liquidação de sentença;
- b) danos morais decorrentes da invasão perpetrada pelos indígenas em 2006, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a ser atualizado na forma da fundamentação.

Julgo improcedentes os demais pedidos.

Defiro o requerimento de Justiça Gratuita.

Condeno as partes ao pagamento de honorários, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, ficando integralmente compensados em razão da sucumbência recíproca, nos termos do art. 20, § 3º e 21, ambos do CPC.

Condeno os autores ao pagamento de metade das custas e suspendo sua cobrança, à vista do deferimento da Justiça Gratuita. Sem condenação da União e da FUNAI em custas (art. 4º, I, da Lei n.º 9.289, de 4.7.1996).

(...)

Sentença sujeita a reexame necessário.

Apelam os autores sustentando que o prazo prescricional começa a fluir com o fim dos eventos criminosos que se desenrolaram por mais de 8 anos, ou somente após sentença no âmbito penal em relação aos ilícitos penais por aplicação do art. 200 do Código Civil, do art. 3º do Decreto n.º 20.910/32, da Súmula nº 443 do STF e da Súmula nº 85 do STJ. Postulam a majoração da indenização por danos morais e a condenação dos réus ao pagamento dos honorários advocatícios ou o afastamento da compensação.

A FUNAI, por sua vez, suscita: (a) a ilegitimidade passiva, considerando que os índios tem capacidade civil plena para responder por seus próprios atos; (b) a ausência de prova concreta de que tenham sido somente os indígenas responsáveis pelo corte de árvores de pinus, pois constatada a participação de brancos, tal como referido na sentença, que, ao menos, devem dividir a responsabilidade; (c) o afastamento da condenação à indenização por danos morais porquanto trata-se de conduta reivindicatória de terras totalmente esperada.

A UNIÃO postula seja reconhecida sua ilegitimidade passiva uma vez que, nos termos do art. 7º da Lei n.º 6.001/73, cabe à União tutelar apenas o silvícola conceituado como o índio não integrado à comunhão nacional. No mérito, alega (a) a inaplicabilidade à administração pública da responsabilidade civil por culpa in vigilando, que somente é admitida na teoria subjetiva; (b) a ausência de prova efetiva da ocorrência dos danos e do nexo causal entre a conduta dos órgãos públicos e os prejuízos alegadamente sofridos; (c) a redução do valor da indenização por danos morais.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Relatora

Documento eletrônico assinado por Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb, Relatora, 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 4648742v4 e, se solicitado, do código CRC D1430B90.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Data e Hora: 14/12/2011 15:33

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001894-
41.2006.404.7214/SC

RELATORA : Des. Federal SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB

APELANTE : ALVINO SAIDEL e outro

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde e outro

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : ANASTACIA SKRYPEC SAIDEL

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União

APELADO : (Os mesmos)

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA VF e JEF DE MAFRA

VOTO

PRELIMINAR

Ilegitimidade passiva da União e da FUNAI

A Segunda Seção e a Quarta Turma desta Corte, já decidiram, por unanimidade, pela legitimidade passiva tanto da União quanto da FUNAI para responder pelos danos causados por invasão de indígenas em propriedade privada, conforme ementas abaixo transcritas:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TURBAÇÃO E ESBULHO. PROPRIEDADE PRIVADA. INDÍGENAS. CAUSAÇÃO. FUNAI. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Demanda proposta em face da FUNAI visando ao pagamento de indenização por danos emergentes e lucros cessantes em virtude de supostos atos de turbação e esbulho praticados diretamente por índios da reserva de Ibirama e indiretamente por atos comissivos e omissivos da referida Fundação, em propriedades da autora entre os anos de 1998-2001, importando em dilapidação das benfeitorias presentes.

2. A FUNAI responde pelos danos causados por índios a terceiros, já que a teor do parágrafo único do artigo 4º do CCB/2002 e dos artigos 2º e 3º do Decreto 564/2002 a mencionada Fundação exerce a tutela sobre os índios, velando pela sua educação, saúde e bem-estar, além da conservação de seu patrimônio, sem prejuízo de que os próprios índios detenham capacidade processual.

(AC nº 2001.72.01.004308-0, TRF 4ª Região, Segunda Seção, Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, julgado em 09/12/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVASÃO DOS ÍNDIOS KAINGANG. MONTE CASEROS/RS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA FUNAI. RECONHECIMENTO.

- Tanto a FUNAI como a União detêm legitimidade passiva "ad causam". A primeira, por ser a executora da política indigenista da União e ter demarcado as terras invadidas, antes tituladas pelo Estado do Rio Grande do Sul; e a própria União, por dever

indenizar, ainda que "in abstracto", pelo menos as benfeitorias decorrentes de ocupação com justo título e de boa-fé.

- Competência da Justiça Federal.

(AI nº 2005.04.01.032279-4/RS, Rel. Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, DJU de 25/01/2006)

Há, ainda, que se diferenciar a atuação da administração pública federal indigenista da atuação de comunidades indígenas e indígenas individualmente considerados. A Administração Pública não pode ser responsabilizada por ilícitos praticados pelas comunidades indígenas e seus membros de forma isolada, devendo os mesmos responder pelos seus próprios atos. A Constituição Federal, por sua vez, em seu artigo 232, dispõe que os índios "são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses", razão incontestável para admitir que eles têm capacidade processual.

Outra situação é a prática de atos pela comunidade em reivindicação por terras historicamente habitadas por índios, objeto de processo demarcatório conduzido pela União e pela FUNAI, que tinham conhecimento das circunstâncias de ocupação do imóvel e, portanto, tinham condições de impedir ou cessar os ilícitos.

No caso dos autos, os indígenas invadiram as terras em 1998, passando a habitar o local e somente retiraram-se por ordem judicial expedida em ação de reintegração de posse. Novas invasões sucederam-se, sem que qualquer providência do Poder Público, culminando no confronto com disparos de arma de fogo atingindo a autora.

Assim, na esteira dos precedentes acima citados, entendo que tanto a FUNAI como a União detêm legitimidade passiva para a causa.

Prescrição

A ação visa ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes das invasões da comunidade indígena ocorridas em 1998 e 2006, por omissão culposa da União e da FUNAI.

Na hipótese incide o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32, analisado à luz do que preceitua o art. 10 do mesmo diploma, in verbis:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(...)

Art. 10 - O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos, as quais ficam subordinados as mesmas regras.

Na vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional da ação de cobrança era de 20 (vinte) anos, conforme o seu art. 177, apresentando-se superior ao quinquenal.

Porém, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, tal prazo foi drasticamente reduzido, sendo que o art. 2.028 tratou da norma transitória:

Art. 2.028. Serão da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Assim, em relação aos atos ocorridos em 1998, quando da entrada em vigor do Novo Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, havia transcorrido mais da metade do prazo previsto na lei anterior. Desse modo, aplica-se o prazo prescricional do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Quanto aos atos praticados em 2006 (subtração de mais de 6.500 árvores de pinus com idade de aproximadamente de 10 anos), na vigência do Novo Código Civil, incide o previsto no art. 206, § 3º, V, reduzindo o prazo para 3 (três) anos.

Ressalta-se que os atos não podem ser considerados contínuos, como pretendem os autores, para fins de início da contagem do prazo na data do último evento, porquanto tiveram intervalos consideráveis de tempo, mais de ano.

Noutro aspecto, não merece prosperar a alegação de paralisação do cômputo enquanto não proferida sentença penal em virtude do art. 200 do novo Código Civil. O mencionado dispositivo prevê o seguinte:

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Ocorre que os fatos foram apurados em inquérito policial arquivado em 13 de agosto de 1999. O Juízo a quo bem delineou a questão, concluindo nos seguintes termos:

Os disparos de arma de fogo efetuados contra a autora, embora tenham sido objeto de inquérito policial (fls. 255/319), não chegaram a ser apurados pelo juízo criminal, porque o Ministério Público, ante a falta de prova da autoria do fato, requereu o arquivamento dos autos do procedimento investigatório (fl. 318), o que foi deferido pelo magistrado (fl. 319). Assim, não há que se falar na incidência daquele preceptivo legal.

A ação penal deflagrada sob o nº 032.03.000097-3 na Justiça Estadual - Comarca de Itaiópolis/SC e autuada sob o nº 2005.72.01.000611-8 na Justiça Federal - Subseção Judiciária de Joinville/SJSC (fls. 320/469), segundo dessai da denúncia (fls. 323/325), não tem por objeto o corte e retirada de madeira do imóvel pertencente aos autores, mas a subtração, por parte de silvícolas, de toras que já haviam sido vendidas pelos autores a terceiro, que as transportava fora da propriedade daqueles quando da prática do crime, motivo pelo qual não pode ser considerada para os fins do art. 200 do Código Civil.

Feitas tais considerações, passo ao exame da prescrição da pretensão indenizatória deduzida.

Como a demanda em epígrafe foi ajuizada em 2006 (fl. 3), decorreram mais de 5 (cinco) anos desde a produção dos prejuízos (1998), motivo pelo qual a pretensão indenizatória, quanto a esses danos, está prescrita desde 2003. Assim, prescreveu a pretensão de obter indenização pelo seguinte:

- a) os silvícolas invadiram e habitaram, de julho/98 a janeiro/99, barracão situado no interior da propriedade dos autores;
- b) 3.500 mudas de pinus com aproximadamente 01 (um) ano destruídas durante a primeira invasão;
- (...)
- d) 05 (quatro) cabeças de gado bovino, sendo uma vaca, um touro e três novilhas;
- e) 2000 (duas mil) carpas capim;
- f) 400 (quatrocentos) metros de cerca de arame com cinco fios;
- g) 130 (cento e trinta) palanques de cerca;
- h) 50 (cinquenta) sacas de milho que estavam estocadas no barracão e foram furtadas pelos índios
- i) 100 (cem) metros de varotes para construção;
- j) 500 (quinhentos) quilos de batata salsa;
- k) 700 (setecentos) quilos de batata doce;
- l) 02 (dois) fornos de carvão destruídos;
- m) 01 (um) motor elétrico;
- n) uma safra de 1999 de milho e feijão perdida completamente;

Quanto ao pagamento de pensão mensal vitalícia à autora (item o, fl. 41) desde a data dos disparos (20.11.1998), foram alcançadas pela prescrição, na forma da legislação de regência, apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu o

ajuizamento da ação, porque o fundo de direito não prescreve.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PENSÃO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. FUNDO DE DIREITO. PRESCRIÇÃO. QUINQUÊNIO COMPUTADO A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. 1. A

prescrição, em tratando de prestações sucessivas, atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, e não as que integram a questão de fundo quanto ao direito subjetivo da parte, que, in casu, diz respeito ao aumento da pensão mensal, recebida pelas autoras, para ordem de 04 (quatro) salários mínimos, até atingirem 70 (setenta) anos de idade.

Precedentes do STJ: REsp 714211/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 16/06/2008; AgRg nos EREsp 766228/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, DJ de 18/12/2008 e AgRg no REsp 915.014/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 04/12/2008. 2. Consectariamente, concluiu com acerto o Tribunal a quo ao assentar que: "(...) Contudo, mesmo assim, a prescrição quinquenal fulminou o direito das autoras/apelantes quanto aos pedidos constantes nos itens a e b da petição inicial (fls. 08), que se refere à condenação do promovido/apelado a indenização quanto aos danos materiais e morais. No entanto, quanto ao pedido formulado no item c (aumento da pensão mensal paga pelo promovido às autoras), entendendo tratar-se de relação de trato sucessivo, devendo ser aplicada a Súmula nº 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública

figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. As autoras/apelantes comprovaram o recebimento da referida pensão até SETEMBRO/1999, através dos extratos de fls. 56/63 e 85/90, tendo o Estado do Ceará/apelado, em sua contestação, afirmado que: "...as autoras nunca deixaram de receber ajuda da SETAS e do Município de Baturité. Atualmente recebem uma pensão da SETAS no valor de ½ salário mínimo, cada uma" (fls. 109)" 3. Agravo Regimental desprovido. (ADRESP 200801085309, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, D.E. 06/08/2009).

A pretensão de obter danos morais pelos fatos perpetrados pelos indígenas em 1998 também está prescrita.

Dessa forma, acolhe-se em parte a prejudicial de prescrição, para reconhecer sua incidência sobre os prejuízos referidos nos itens a, b, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m e n acima transcritos (fls. 40/41), as parcelas da pensão mensal vitalícia vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação (item o, fl. 41) e os danos morais sofridos pelas invasões havidas em 1998.

Não está prescrita a pretensão de obter: a) a indenização pela perda de 6.500 árvores de pinus de aproximadamente 10 (dez) anos de idade (item c, fl. 40); b) as parcelas da pensão mensal vitalícia vencidas posteriormente ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação e no seu decorrer e as parcelas vincendas (item o, fl. 41); e c) os danos morais pela invasão ocorrida em 2006.

Por esses fundamentos, mantenho a sentença.

MÉRITO

Responsabilidade da União e da FUNAI

Incide no presente caso a responsabilidade do Estado, uma vez que o dano decorre de uma omissão do Estado em impedir ou interromper as invasões dos indígenas.

Nesse ponto, transcrevo parte da sentença em que analisado o conjunto probatório, cujos fundamentos adoto como razões de decidir (fls. 983-verso/986):

2.3.1. Danos patrimoniais

A invasão das terras pelos índios em 2006 (ação/omissão) e alguns dentre os prejuízos (danos patrimoniais) requeridos pelos autores, resultantes daquela (nexo causal), não alcançados pela prescrição, foram comprovados.

Colhe-se do depoimento pessoal de Alvino Saidel (fls. 837/840):

AGU: Em que ano foram esmagados os pinus da propriedade?

A: Em 1998.

AGU: Depois disso não foi retirado mais nada?

A: Depois disso só em 2006, foi o replante que eu fiz.

M: Em que época de 2006 ocorreu a nova invasão?

A: Não me recordo mais.

AGU: Como foram retirados em 2006?

A: Pela justiça.

M: Por ordem Judicial?

A: Foi ordem Judicial, veio de Joinville parece que, é federal né, veio de lá e tava tudo se "acampado" lá na frente, fizeram duas guarita né, foi lá e mandaram eles saí tudo né, daí eles se retiraram né.

M: A Justiça foi fazer isso em 2006?

A: Foi.

M: Os Índios foram retirados?

A: Isso, os Índios.

M: O Advogado Geral da União quer saber como foi retirado o pinus em 2006.

A: Pois eles se acamparam lá perto.

M: Com que equipamento?

A: Tinham motosserras, caminhão e cavalo, só não tinha trator naquela época.

AGU: Viu tudo isso? Demorou quantos dias?

A: Tava mais de uma semana lá, eu via pois eu passava de bicicleta todo dia lá, primeiro eu disse pra eles: "Vão tirar a madeira do Zebrek da firma, tirem, me avisem que (...) não vão pegar o que é

meu né. Ainda, aquele Olimpio, Índio, acho que hoje é falecido, ele que mandava na turma ali né.

AGU: Notou que eles estavam tirando pinus da sua propriedade?

A: No mesmo dia já notei.

AGU: Comunicou a autoridade policial?

A: Tudo comunicado, ainda foi o Sargento, Dr. Satico né, (...) nós fomo nuns 40 lá mais ou menos, eles tavam tudo cortando lá pra dentro, daí o Satico diz: "Vai ficar embargado isso aí, por enquanto, vai ficar embargado pra vê ser resolvido". No outro dia cedo fui lá ver, vi que ronco motoserra de noite, roncava caminhão de noite, daí cedo fui lá ver que se eles não pegasse as maderas, que tava empilhada no barranco assim, aí fui lá ver o "cochente" aberto né, que eu tenho dois cavalo daí eu disse: "Mas como eu soltei esses cavalo agora (...) esses cavalo aqui dentro né, saíram na estrada aí o (...) com o portão aberto. Fui fechando, de repente escutei lá, vinha lá do Rio do Toldo, passo ali, acho que três ou quatro cavaleiro (...), aí eles viram que fechei os "cochente" lá, eles viram que eu tava lá, "carcaram" fogo atrás de mim lá, um tiro só deram, não sei se pra me acertar ou só pra me assusta né.

M: Os cavaleiros eram Índios ou Brancos?

A: Índios (...) porque eles tavam acampado ali né.

AGU: Quem manuseava a motoserra era um Índio?

A: É, eles mesmo.

AGU: Quem guiava o caminhão também era um Índio?

A: Índio, uns Branco que tavam casado, amigado com Índio também, tem uma lá que é foragido lá do Rio Itajaí que é bandido, Branco, se mete lá no meio. Até ele disse pra mim: "É, nós o tempo que era, nós naquela época nós matava bicho nós comia vivo com sangue e tudo cru assim e tudo" ele disse, aí eu digo: "É, eu nunca ouvi falar que tinha Índio nessa época aí", ele: "É, porque vocês foram matando e atropelando tudo lá pro mato né", aí eu olhei pra cara dele e digo: "(...) repara a minha cara você é (...) do que eu (...) você não tem cara de Índio né, mas é que ele ta junto, amigou-se com o filho do "Limpio".

Colhe-se do depoimento pessoal de Anastácia Skypec Saidel (fls. 841/845):

M: Isso que a senhora esta falando foi agora no ano passado, mas antes do ano passado eles chegaram a invadir de novo alguma vez?

AU: Ano passado?

M: Não, antes do ano passado. Entre noventa e oito e o ano passado.

AU: Não, só agora em dois mil e seis, acho que em dois mil e seis que eles invadiram.

M: E o que eles fizeram em dois mil e seis lá?

AU: Começaram a roubar, tirar pinus e...

M: E aí já era arvore ou era muda?

AU: Arvores. Depois que já deu quase dez anos eles invadiram pra comer o que tava em cima né, e depois de novo.

M: E ficaram quanto tempo lá?

AU: Ficaram "uns par de mês" eu acho, que daí...

M: E o que arrancaram? Quanto mais ou menos?

AU: Eu acho que umas dez ou doze cargas.

M: E a senhora sabe quanto vai de madeira em cada carga?

AU: Muito não sei... Isso mais é com os homens né.

(...)

AU: Em noventa e oito, a chegaram lá bastante policial, isso mais ou menos uns vinte ou trinta, mandavam eles sair e eles não saiam. Nem despejo eles não saiam, ficavam lá, não saiam.

FUNAI: E em dois mil e seis?

AU: Em dois mil e seis eles ficaram, só não se acamparam, se acamparam no terreno do (...).

M: E a policia foi lá também em dois mil e seis?

AU: Foi, os índio tavam tudo armado, até tiraram arma lá dos rancho deles, das barracca...

M: Os índios tiraram?

AU: A policia, serra... Que a madeira era nossa e que eles tavam tirando daí até o sargento disse pro chefe dos índio que era, disse "Da pra retirar os índios daqui? Pra não mexer na madeira desse homem aqui, ele precisa!" Ele disse "Da", "não vão mais mexer na madeira?" ele disse "não", "bom, então essa madeira ta embargada assim e ninguém pode mexer.". Quando o pessoal tudo saia nós

acompanhava a policia né, quando nós saia de madrugada a serra roncando, duas horas a serra roncando e o caminhão carregando. Os tiro na frente da minha casa e...

(...)

FUNAI: Ela viu caminhões levando as árvores, as toras?

AU: Vi sim senhor.

FUNAI: Se ela viu a placa dos caminhões?

AU: Não, um tempo eles anotavam mas depois não me lembro, não sei.

M: Mas na época a senhora sabe se foi anotado e passado para a policia?

AU: É que o pessoal tinha medo de chegar perto né, todo mundo não tinha coragem de chegar, eles andavam armados, não dava...

FUNAI: Ela conhecia os caminhões?

M: Conhecia os donos dos caminhões? Era comum passarem por lá?

AU: Era. Era os caminhão do Fabio, do Fabio de Almeida, de um tal de Binho, o Gordo, e daí tinha os filho da Laura também...

M: Caminhão deles?

AU: Deles mesmo. Tudo deles mesmo que eles tavam tirando e daí levando lá pra baixo, não sei, não me lembro...

FUNAI: Ela tem noticia de alguma vez algum caminhão desse ter sido abordado pela policia?

AU: Foi.

M: E o que a policia fez?

AU: Tirou o numero da placa...

M; Nessa hora que abordaram tinha alguma arvore em cima?

AU: Não me lembro, parece que não tinha, foi um dia que nós tava indo pra Itaiopolis e daí a policia tava lá onde era o acampamento que eles se acamparam né e daí o caminhão tava lá, daí a policia sabia que era esse caminhão. E já logo foram despejado de lá.

Disse a testemunha Paulo Grandez Filho (fls. 846/848):

Advogado (AD): O senhor sabe se a propriedade dos autores foi invadida?

Testemunha (T): Foi.

AD: Por quem ela foi invadida?

T: Foi invadida pelos índios.

AD: Em que época, em que ocasião o senhor pode dizer?

T: Isso foi em noventa e oito.

AD: Somente nessa ocasião?

T: É, daí teve uma segunda invasão né que foi em 2006 né. Uma retirada de madeira deles lá também.

(...)

M: Tem mais branco ou tem mais índio? O que tem mais lá?

T: Olha, naquela época tinha bastante branco também, em noventa e oito era a metade branco e a metade índio.

M: E em 2006?

T: Em 2006 era pouco branco e mais índio.

M: O senhor falou que arrancaram árvores e falou que transportaram em caminhões, os caminhões o senhor não viu quem estava dirigindo ?

T: Não.

M: Mas as árvores, o senhor viu alguém arrancando?

T: As árvores os índios tavam cortando.

M: Mas cortando com o que? Machado, motosserra?

T: Motosserra.

Os depoimentos das demais testemunhas corroboram as declarações acima reproduzidas (fls. 849/853, 871/872 e 891/894).

Assim, a prova oral comprovou, ademais da invasão do imóvel por silvícolas em 2006, os danos à plantação de pinus (item c, fl. 40), motivo pelo qual é devida indenização aos autores por esses prejuízos.

O art. 4º, parágrafo único, do novo Código Civil e a Lei n.º 6.001/73 (Estatuto do Índio) estabelecem que a FUNAI exerce tutela sobre os índios, devendo velar pela educação, saúde e bem-estar das comunidades e pela conservação de seus patrimônios.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que recepcionou o mencionado Estatuto, tal condição restou inalterada. Veja-se o que dispõe o Decreto nº 564/2002:

Art. 2º. A FUNAI tem por finalidade:

I - exercer, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas não integradas à comunhão nacional;

Art. 3º. Compete à Fundação exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais."

Ainda há que se considerar a garantia de perpetuação das comunidades indígenas com a proteção do local onde vivem e do qual tiram seu sustento prevista no art. 231, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal, in verbis:

§ 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 nela existentes"

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

Tais excertos denotam que o Estado tomou para si esta responsabilidade, criando a FUNAI com este intuito, passando a realizar os estudos para demarcação das terras historicamente ocupadas por índios. Evidente que tal proteção não pode se dar em

afronta aos direitos dos demais cidadãos, sendo imperioso um acompanhamento por parte dos entes públicos no sentido de evitar confrontos como o que ora se examina.

Assim, resta caracterizada a omissão do órgão público no seu dever legal de vigilância, bem como evidenciado o nexo causal entre a omissão e os danos sofridos.

Sobre o assunto, oportuno transcrever a lição de José Cretella Junior, citado por Yussef Saide Cahali, em sua obra Responsabilidade Civil do Estado, 2ª edição, p. 283.

Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura a culpa in omitendo e a culpa in vigilando. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o bonus pater familiae, nem como o bonus administrador. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.

Portanto, a Administração Pública responde civilmente por sua inércia relativamente ao dever de vigilância às manifestações das comunidades indígenas: se sua presença era exigida para evitar o evento danoso e omitiu-se, surge o dever civil de indenizar.

Do dano moral

Inicialmente, necessárias algumas considerações acerca do dano moral, "que consiste, propriamente, na dor ou desgosto que deriva da perda de um ente querido, da ofensa corporal que provoca um sofrimento ou deformação física, da calúnia que atinge a honra ou reputação". (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 1999, p. 373).

Não deve o dano moral ser confundido com o prejuízo material decorrente da ofensa à honra. Nesse sentido a ementa que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Ato ilícito. Molestamento verbal. Dano moral e material. Enseja reparação civil, de conformidade com o art. 159 do CC, o molestamento verbal reiterado, de caráter sexual, apto a causar danos morais, em razão do constrangimento ou ofensa moral, e danos materiais, consistentes nas despesas efetuadas em defesa do direito à tranquilidade e ao bom nome do cidadão. (TAMG. AC nº 186.553-6, Rel. Juiz Cruz Quintão, DJ 7.10.95).

Sobre a caracterização do dano moral ensina Yussef Said Cahali, em sua obra Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., p.20/21:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores

fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Segundo Clóvis do Couto e Silva, o dano moral era indenizável pelo Código de Napoleão, em orientação que foi abandonada nos países de tradição romano-germânica (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 230), com os seguintes argumentos: "é imoral reparar com dinheiro a honra; é impossível determinar o valor e saber quem seria o titular do sofrimento; diante disto, não haveria responsabilização civil, mas sim pena privada". (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, Obra Citada, p. 374).

Contra o exposto, diz-se que a idéia não é reparar, mas compensar, mediante um benefício de ordem material, que é o único possível, a dor moral.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Militar. Morte causada por colega de farda. Indenização à genitora. Danos moral e

material. Lucros cessantes. (...) Não há que se falar, apenas, em dano material, vez que presente está, também, o dano moral caracterizado pela dor da tristeza infinita ocasionada a outrem. A dificuldade em quantificar o valor do dano moral não deve afastar o dever de fixar tal indenização, cujo cabimento, hoje, não se discute mais. O Direito Civil brasileiro já ingressou em outra era, com respeito a esta matéria, integrando-se à doutrina e jurisprudência dos países do Primeiro Mundo, dos quais destoava, resistindo à aceitação de sua reparação. Assim, correta é a fixação pelo Juiz da indenização por dano moral, admitindo sua cumulação como dano material e demais itens da condenação.(...).

(TRF 2ª Região, 1ª T. AC 94.0209207.2 - RJ. Rel. Des. Fed. Chalu Barbosa, DJU 17.10.95)

Com efeito, o dano moral, por sua própria natureza, não é reparável, tomada a expressão reparação no sentido de retorno das coisas ao estado anterior, cuidando-se de uma compensação. Não é o *pretium doloris* mas a *compensatio doloris*, conforme o seguinte acórdão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL.

ARBITRAMENTO. No arbitramento do dano moral, há que se considerar tanto sua reparação, oferecendo à vítima uma satisfação em dinheiro, quando a necessidade de se impor ao ofensor uma

expição pelo ato ilícito. Caso em que a indenização de cem salários mínimos satisfaz ambos os requisitos.

(TJRS, 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 595002056. Rel. Des. Araken de Assis , 10.04.95).

No direito brasileiro, a posição dominante era no sentido de que a mera dor moral não era indenizável à luz do CC (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Obra citada, p. 205), salvo nos casos especificados, a saber: a) deformidade ou aleijão por lesão corporal (arts. 1538 e §§); b) crime contra a honra (art. 1547 e parágrafo único); c) sedução (art. 1548); d) violência sexual (art. 1549); e) atentado à liberdade sexual (art. 1551).

Havia também previsão de indenização por dano moral em legislação esparsa, como na Lei de Imprensa, cujo artigo 49, inciso I, fazia expressa menção ao dano moral em caso de crime contra a honra cometido por meio de imprensa; bem assim no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, art. 84).

Ainda assim, não se cumulavam, em regra, o dano material e o dano patrimonial, de acordo com a jurisprudência do STF (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Obra citada, p. 232), hoje superada pela súmula 37 do STJ, segundo a qual São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato .

A discussão sobre a possibilidade de indenização por dano moral restou, de todo modo, superada com o advento da Constituição

Federal de 1988, a qual, fez expressa referência aos danos morais nos incisos V e X de seu art. 5º, adiante transcritos:

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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano moral atinge bens incorpóreos, como por exemplo a imagem, a honra, a vida privada, a auto-estima. Nesse contexto, há uma grande dificuldade em provar a lesão. Daí, a desnecessidade de a vítima provar a efetiva existência da lesão. A respeito disso, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento reiterado:

Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.

(STJ, 3ª Turma, Resp nº 86.271/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 09/12/97).

O fato ocorrido no presente feito é incontestável quanto à existência de dano moral, tendo em vista a tensão e medo sentidos pelos autores, além do sofrimento físico por ferimento à bala disparada por arma de fogo, o qual deve ser indenizado.

Do valor da indenização

Concluindo-se pelo cabimento de indenização, resta apreciar o valor cabível.

Não tendo a lei definido parâmetros para a indenização por danos morais, cabe ao juiz a tarefa de decidir caso a caso, de acordo com o seu "prudente arbítrio". Como arbítrio não é sinónimo de arbitrariedade, tem-se procurado encontrar no próprio sistema jurídico alguns critérios que tornem essa tarefa menos subjetiva. Invocam-se, antes de tudo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a afastar indenizações desmedidas, despropositadas, desproporcionais à ofensa e ao dano a ser reparado.

Para tanto, necessária uma pequena digressão sobre o papel da reparação civil em matéria de dano moral.

A opinião geral é de que a função da responsabilidade civil é a reparação, tanto é que ela pressupõe dano (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, Obra Citada, p. 49), sendo a função preventiva-sancionatória secundária. Para Costa, "O Código Civil consagra basicamente a concepção clássica de que a responsabilidade civil por actos ilícitos tem a função de reparar os danos causados e não fins sancionatórios (cfr. os art. 483º, nº 1, e 562º, e, de um modo geral, a disciplina da obrigação de indenização, infra, págs. 691 e segs.). Todavia, num ou noutro aspecto do regime da obrigação de indenizar, pode ver-se afluída

a idéia de que a referida responsabilidade civil visa também, embora apenas acessoriamente, um escopo de repressão e prevenção desses actos ilícitos."

Para Clóvis a reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, por exemplo, com as exemplary damages da common law. "Exemplary damages, também chamadas punitive or vindictive damages, têm a natureza de uma sanção civil, imposta para punir o ofensor e desencorajá-lo, bem como a outros, de praticar condutas semelhantes no futuro." (KIONKA, Edward J. Torts, West Group, Saint Paul, 1999, p. 362).

Segundo esta concepção, a responsabilidade civil distingue-se da responsabilidade penal, justamente pela finalidade, que é reparatória e não punitivo-preventiva. Além disso, a responsabilidade penal ocorre mesmo quando não há dano efetivo, como nos crimes tentados e crimes de perigo, enquanto a responsabilidade civil pressupõe dano (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, Obra Citada, p. 50 e segs), em outras palavras, a responsabilidade criminal leva em conta o fato e não seus autores (COUTO E SILVA, Obra citada, p. 191). Por fim, de acordo com Mário Júlio de Almeida Costa: "Está subjacente à responsabilidade civil a idéia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa lesada. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados. Daí que sejam privadas e disponíveis." Nisto residiria a distinção com a responsabilidade penal, que pretende defender a sociedade, através dos fins de prevenção geral e especial, bem como da intimidação e reeducação do delinqüente, além dos fins ético-retributivos (CP, art. 59).

Essas afirmações vêm sendo, porém, questionadas, especialmente diante dos danos morais, como já visto, bem assim de novas formas de responsabilização civil, notadamente no que diz com os danos ambientais.

De outro lado, no aspecto subjetivo, a natureza da resposta tem íntima conexão com a questão da culpa, uma vez que, quanto maior o relevo dado à culpa, no modelo tradicional de responsabilização civil (CC de 1916, arts. 159 e 1523), "A obrigação de pagar danos e prejuízos assumia um certo conteúdo sancionatório, pois se procurava castigar mais aquele que causou um prejuízo, agindo reprovavelmente, do que proteger a quem resultou vítima do evento" (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, p. 16).

Veja-se que o grau diminuto de culpa pode levar à diminuição do valor da indenização, pelo CC, art. 944, parágrafo único.

Uma solução interessante parece ser aquela apontada por Bernd Rüdiger Kern, para quem a indenização por danos morais tem dupla função: "compensação e satisfação, conforme decisão do grande Senado do Tribunal Constitucional, de 1955, incorporada em 1990 ao art. 847 do BGB". (KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento Penal na satisfação do dano? In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, p. 27).

Como tais danos não são quantificáveis, há uma compensação, sem caráter de reparação ou indenização em sentido estrito. O pagamento aqui cumpre uma função de satisfação, a qual "(...)expressa uma determinada relação pessoal que o fato danoso

suscita entre o ofensor e o ofendido, a qual, por sua natureza, exige que na determinação do montante devido sejam levadas em consideração todas as circunstâncias do caso" (KERN, Bernd-Rüdiger, art. cit., p. 26).

Ao contrário do que ocorre na responsabilidade patrimonial, são levados em conta o grau da culpa (é mais grave ofender com dolo do que com culpa) e a situação do ofensor (o que é mais típico do direito penal). Na responsabilidade patrimonial, tais dados são irrelevantes, pois o que efetivamente importa é a existência do dano, sendo irrelevante a situação do ofensor e desimportante a determinação de dolo ou culpa na quantificação da indenização. Em outras palavras, a existência de dolo ou culpa será importante, na maioria dos casos, para determinar a própria responsabilidade, mas não haverá diferenciação no valor da indenização por ter sido a ação dolosa ou culposa. Também na determinação do quantum das exemplary damages no direito inglês, são levados em consideração o comportamento do autor do dano, o grau da sua culpa, a apreciação da reputação da vítima e a extensão do dano, segundo Sérgio Porto (PORTO, Sérgio José. A Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês, p. 127).

No direito brasileiro deve ser seguida tal orientação, levando em conta todos os aspectos referidos, à semelhança da aplicação da pena criminal. Nesse sentido o art. 53 da Lei de Imprensa, que segue transcrito:

Art. 53 - No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Além disso, aqui a função preventiva teria caráter autônomo, ao contrário do que ocorre na responsabilidade patrimonial, na qual o caráter preventivo é um mero efeito secundário da responsabilização. Para Sérgio Porto (obra citada), as perdas e danos exemplares (exemplary damages), também chamadas punitive damages, traduzem a idéia de dissuasão, pelo exemplo (theory of deterrence). Diz o citado autor: "A responsabilidade civil e a responsabilidade penal encontram-se de alguma forma confundidas graças a esse paralelismo de funções. A distinção entre a função reparadora da responsabilidade civil e preventiva da responsabilidade penal não é, no direito inglês, tão clara quanto nos direitos romanistas". Quer dizer, desestimula-se, com a indenização, a repetição do evento danoso.

Segundo Kern, as funções da satisfação, de acordo com a jurisprudência alemã seriam: a) trazer ao lesado um sentimento de satisfação, apaziguar seu sentimento de justiça ferido; b) impor ao ofensor um sensível prejuízo patrimonial; c) atuar preventivamente no futuro. A resposta assume, então, um caráter de pena privada, aproximando-se da poena romana, com finalidade de satisfazer a vítima, enquanto a pena criminal satisfaz a sociedade. Em alemão, então, o Schmerzengeld (dinheiro da dor) é pena (Strafe) ou multa no sentido de pena (Busze) e não indenização (Ersatz).

Na jurisprudência brasileira, aliás, não são incomuns as referências à satisfação, em formulação que muito se aproxima da resposta sistematizada por Kern, do que são exemplos os seguintes julgados, com destaques por nossa conta:

VI - A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atendo à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

(STJ, 4ª Turma, Resp 203755/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. julg.um. 27.04.99, DJ de 21.06.1999, p. 167)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILICITUDE DA ABERTURA DE CADASTRO NO SERASA SEM COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. RELEVANCIA E CABIMENTO DA DEMANDA DE REPARAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL.. Liquidação do dano moral que atenderá ao duplo objetivo de compensar a vítima e afligir, razoavelmente, o autor do dano. O dano moral será arbitrado, na forma do art. 1.553 do CC, pelo órgão Judiciário. Valor adequado à forma da liquidação do dano consagrada no Direito brasileiro.

(TJRS, 5ª CC. Apelação Cível nº 597118926, Lajeado, Rel. Des. Araken de Assis. Julg. 07.08.97, DJ de 29.08.97, p. 21).

ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO PELO DIREITO COMUM PRESCRIÇÃO - RITO PROCEDIMENTAL - CULPA RESPONSABILIDADE - DANO MATERIAL E MORAL.

CUMULAÇÃO. (...). 6- Dano moral bem fixado, porque não se destina a reposição do bem lesado, mas sim à satisfação moral.

(TAPR, 6ªCC . AC nº 0087284800, Maringá, Rel. Juiz Conv. Wilde Pugliese, julg. 22.04.96, DJ 03.05.96).

INDENIZAÇÃO - ESTABELECIMENTO COMERCIAL -

'LEGITIMATIO AD CAUSAM' - CULPA - SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL - FIXAÇÃO. (...). Na fixação da indenização por danos morais deve-se ter em conta a satisfação do lesado e a repercussão econômica do 'quantum' fixado no patrimônio do que pratica a lesão.

(TAMG, 3ª CC. Apelação nº 227912-3, Belo Horizonte Rel. Juiz Duarte de Paula. Un. 19).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE DOLO. DESINFLUÊNCIA. PROVA DO DANO DEMONSTRADA - DEVER DE REPARAÇÃO - FIXAÇÃO - ADEQUAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) O valor, contudo, deverá corresponder não apenas a extensão subjetiva da lesão sofrida, mas, também, alcançar a satisfação, tanto quanto possível do ofendido, compatível com a disponibilidade a ser exigida do ofensor.

(TAPR, 3ª CC. Apelação Cível nº 0085776300, Londrina, Rel. Juiz Conv. Jorge Massad. julg. 05.03.96, DJ 22.03.96).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO IRREGULAR. ILÍCITO PROVADO. FIXAÇÃO DO DANO MORAL. (...) Esta indenização há de abranger uma reparação, destinada a amenizar a dor suportada pelo ofendido, e uma pena, a fim de punir o ofensor (exemplarv damages). (...)

(TJRS, 3ª CC. Apelação Cível nº 594131260, Porto Alegre, Rel. Des. Araken de Assis. Julg. 30.03.95).

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DO TRABALHO - DANO MORAL - DANO ESTÉTICO INVALIDEZ PARCIAL - MORTE - SENTENÇA - EFEITO DEVOLUTIVO.(...) O dano moral é inquantificável. Mas a indenização deve levar em conta a satisfação da vítima e o efeito sancionatório sobre o ânimo do agente. (...) (TAMG, 2ª CC. Apelação nº 223945-6, Belo Horizonte. Rel. Juiz Caetano Levi Lopes. Un., 04.02.97).

RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRAÇÃO DENTÁRIA. INFECÇÃO POSTERIOR CAUSADORA DE MORTE. ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FIXAÇÃO. CRITÉRIOS. PROCESSO CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO EM IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. (...) 2 - Na fixação de montante indenizatório a título de dano MORAL, devem ser considerados diversos critérios, tais como: a) a natureza punitiva desta espécie de indenização, aflitiva para o ofensor, evitando que se repitam situações semelhantes; b) a condição social do ofensor e do ofendido, sob pena de não haver nenhum grau punitivo ou aflitivo; c) o grau de culpa do ofensor, as circunstâncias do fato e a eventual culpa concorrente do ofendido; d) a posição familiar, cultural, social e econômico-financeira da vítima e) a gravidade e a repercussão da ofensa. 3 - Tratando-se de danos morais sofridos por mãe pelo falecimento de jovem filha, saudável e em decorrência de simples procedimento dentário, fixa-se o montante indenizatório em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). (...) (TRF 4ª R., 3ª Turma. AC nº 311675/RS. Rel. Roger Raupp Rios. m., DJU 18/04/2001).

RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO E FILHOS DE VÍTIMA FALECIDA POR ERRO MÉDICO - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUINHENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS - REDUÇÃO PARA TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS - RAZOABILIDADE - PRECEDENTES. (...) Dessarte, na hipótese em exame, a indenização devida a título de danos morais, fixada pelo Tribunal de origem em 500 (quinhentos) salários mínimos, deve ser

reduzida a 300 (trezentos) salários mínimos, em atenção à jurisprudência desta Corte e ao princípio da razoabilidade. Recurso especial provido em parte.

(STJ, 2ª Turma, RESP 371935 / RS, Rel. Min. Franciulli Netto. un., DJ 13/10/2003, p. 320).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPATÍVEL. SITUAÇÃO ECONÔMICA. RÉU.

1. A perda precoce do filho em razão de omissão do Estado, configura hipótese de responsabilidade civil por danos morais, os quais devem ser arbitrados pelo juiz, de forma a amenizar a severa dor moral experimentada pela mãe. (...) 3. Recurso especial interposto com fulcro na alínea "c". Inexiste divergência entre o acórdão paradigma e o decisum atacado, haja vista que o primeiro visa assegurar a finalidade principal do dano moral, qual seja amenizar o dano sofrido sem o enriquecimento sem causa, o que ora foi garantido pelo segundo, ao arbitrar o valor de 400 salários mínimos. (...).

(STJ, 1ª Turma, RESP nº 418502/SP, Rel. Min. Luiz Fux. un., DJ 30/09/2002, p. 196)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Danos morais. Valor da indenização. Dissídio. 1. Na hipótese tratada nestes autos, "o nome da recorrida ficou mantido no SPC por mais de um ano após ter ela quitado uma dívida no valor total de R\$ 2.500,00". Todas essas circunstâncias fáticas, peculiares ao caso em tela e que foram consideradas e justificadas pelo Tribunal de origem como critérios para estabelecer o valor da indenização, não são

verificadas dos lances extraídos do precedente colacionado. Sendo assim, ainda que não se exija perfeita semelhança dos arestos apontados como divergentes com o julgado recorrido, no caso presente o Tribunal de origem considerou aspectos peculiares ao caso que justificaram o valor adotado e afastaram a suposta abusividade, situação não encontrada no julgado paradigma, carecendo de identidade fática, portanto, o dissídio jurisprudencial, único fundamento recursal. 2. Sopesados os elementos fáticos dos autos, como a capacidade econômica do agravante, o valor da dívida, o período em que o nome da agravada permaneceu indevidamente inscrito no Serasa e os danos advindos com a conduta indevida, não se pode considerar como abusivo o valor da indenização fixado em R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, 3ª T. AGA nº 477298/MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. un., DJ 30/06/2003, p. 244)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Danos morais. Cobrança e registro indevidos no cadastro de inadimplentes. Juros de mora. Precedentes. 1. A data em que houve a circulação do Diário na Comarca do interior é considerada como a da efetiva intimação para efeito da contagem do prazo recursal. 2. A indenização fixada, 50 salários mínimos por cobrança e inscrição indevidas no cadastro de inadimplentes, não pode ser considerada absurda, tendo o Tribunal de origem se baseado no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que norteiam as decisões desta Corte. 3. A verba indenizatória única fixada a título de danos morais, estes advindos da cobrança de valor cancelado, incluindo-se juros ditos "extorsivos", e, também, simultaneamente, do registro do nome do devedor em bancos de dados de

inadimplentes, está diretamente ligada e é decorrente do contrato firmado entre as partes. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios relativos à indenização por danos morais incidem a partir da citação. 4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 3ª Turma. AGA nº 476632/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. un., DJ 31/03/2003, p. 224)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Lojas Americanas. Detenção indevida. A detenção indevida de três pessoas, sendo duas menores, por suspeita de furto em estabelecimento comercial, causa dano moral que é arbitrado, nas circunstâncias, de acordo com o voto médio, em valor equivalente a 300 salários mínimos. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.

(STJ, 4ª Turma. RESP nº 298773/PA, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. un., DJ 04/02/2002, p. 380)

Entendo que a indenização, no presente feito, detém dúplice função, qual seja: compensar o dano sofrido e punir o réu.

Assim sendo, atendendo o disposto no caput do artigo 944 do novo Código Civil Brasileiro, no que se refere à extensão do dano e à situação econômica do ofensor, dou provimento à apelação dos autores para fixar o valor da indenização em R\$ 30.000,00.

Sucumbência

Decaindo os autores de parte mínima do pedido, os ônus da sucumbência são impostos às rés, fixados os honorários em 10% sobre o valor da condenação, por ser este o percentual que a Turma entende adequado para ações desta natureza.

Prequestionamento

O prequestionamento quanto à legislação invocada fica estabelecido pelas razões de decidir, o que dispensa considerações a respeito, vez que deixo de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado, considerando-se aqui transcritos todos os artigos da Constituição e/ou de lei referidos pelas partes.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação dos autores e nego provimento às apelações da FUNAI e da União e à remessa oficial.

É como voto.

Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Relatora

Documento eletrônico assinado por Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb, Relatora, 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 4648745v7 e, se solicitado, do código CRC 18CDC240.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Silvia Maria Gonçalves Goraieb

Data e Hora: 14/12/2011 15:33

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 29/11/2011

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001894-
41.2006.404.7214/SC

ORIGEM: SC 200672140018940

RELATOR : Des. Federal SILVIA GORAIEB

PRESIDENTE : SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB

PROCURADOR : Dr. Marcelo Beckhausen

APELANTE : ALVINO SAIDEL e outro

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde e outro

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : ANASTACIA SKRYPEC SAIDEL

ADVOGADO : Cesar Marcal Cerconde

: Fabio Uili Coelho

APELANTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

APELANTE : UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União

APELADO : (Os mesmos)

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA VF e JEF DE MAFRA

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 29/11/2011, na seqüência 260, disponibilizada no DE de 18/11/2011, da qual foi intimado(a) UNIÃO FEDERAL.

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 DOS AUTORES E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO E DA FUNAI E À REMESSA OFICIAL.

RELATOR ACÓRDÃO : Des. Federal SILVIA GORAIEB

VOTANTE(S) : Des. Federal SILVIA GORAIEB

: Des. Federal VILSON DARÓS

: Juiz Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

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 4698878v1 e, se solicitado, do código CRC 3B4EE56D.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos

Data e Hora: 29/11/2011 19:33
