

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
1ª Vara Federal de Erechim

Rua Clementina Rossi, 95, 3º andar - Bairro: Bela Vista - CEP: 99704-094 - Fone: (54)3520-2515 -
www.jfrs.gov.br - Email: rsere01@jfrs.gov.br

AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 5004427-72.2012.4.04.7117/RS

AUTOR: ERNANDES ANTONIO TALGATTI

AUTOR: ALEXANDRE POCOIESKI

AUTOR: ALESSANDRO TALGATTI

AUTOR: ALDACIR ANTONIO ZORZAN

AUTOR: ALCIDES ALBERTO GLOVASKI

AUTOR: ALBINO DURACENSKI

AUTOR: AIRTON POLON

AUTOR: ADEMIR LUIS ZEMBRUSKI

AUTOR: ADEMIR JOSE ZORZAN

AUTOR: ADELINO LOURENCO MORANDINI

AUTOR: ALOISE GEMPKA

AUTOR: AMAURI ALBERTO ZORZAN

AUTOR: ANDRIA ELISEU POLLON

AUTOR: ANA PRICHUA NOSKOSKI

AUTOR: AMANDIO NATAL NOSKOSKI

AUTOR: ANTONINA PASTERCHAK

AUTOR: ANTONIO MALINSKI

AUTOR: ANTONIO TABACZINSKI

AUTOR: ARLINDO JOSE SCHLSKI

AUTOR: OTÁVIO MOACIR SANZONOWICZ

AUTOR: ARMELY ROSA PETRYKOSKI

AUTOR: ARTHUR RIGO

AUTOR: CARLOS KEMPKA

AUTOR: CARINO CHIARELLO

AUTOR: SANDRO CHIARELLO

AUTOR: NILDO LUIS CHIARELLO

AUTOR: CASEMIRO BAGINSKI

AUTOR: CASIMIRO ZEMBRUSKI

AUTOR: CRISTINA POLLON ZEMBRUSKI

AUTOR: CECILIA GARSTKA

AUTOR: CELSO CHIARELO

AUTOR: CLAIR PAULO BETTO

AUTOR: CLAUDIR KLINKOSKI

AUTOR: CLARI JOSE KLINKOSKI

AUTOR: OLGA KLINKOSKI

AUTOR: CONSTANTE JOAO KLINKOSKI

AUTOR: DARCI HUBLER

AUTOR: DEONIR BRESSAN

AUTOR: DORVALINO ROMILDO PASTERCZAK

AUTOR: DORVALINO RONSONI

AUTOR: ELIO JOSE ROGALSKI

AUTOR: ELISETE MARIA TABACZINSKI

AUTOR: ELIO POLON

AUTOR: ESTACIA POLLON

AUTOR: FLAVIO ANDRE BIERENDE

AUTOR: FLORIANO NOSKOSKI

AUTOR: GILBERTO ANTONIO MORANDINI

AUTOR: ALCIR PAULO MORANDINI

AUTOR: GILBERTO BIERENDE

AUTOR: GILMAR JOSE BIERENDE

AUTOR: GILMAR PEDRO GEMPKA

AUTOR: GILSON JOSE SOLIGO

AUTOR: GISELE TERESINHA BORDIN

AUTOR: HELIO OTOLAKOSKI

AUTOR: IGNES MARIA ROGALSKI

AUTOR: IRACEMA SALETE MENDES DE BORBA

AUTOR: EZIDORO SANSANOVICZ

AUTOR: PAULO ROBERTO SANSANOWICZ

AUTOR: JAIR ANTONIO GARSTKA

AUTOR: JAIR MENEGON

AUTOR: JOAO DIAS ARTIGAS

AUTOR: JOAO VALENCA

AUTOR: JOSE CARLOS CORBELLINI

AUTOR: JOSE JORGE ZEMBRUSKI

AUTOR: NEIVA MARLI ZEMBRUSKI

AUTOR: JOSE SANSONOWICZ

AUTOR: JUCIMAR JOSE OTOLAKOSKI

AUTOR: LAURI LUIS BAGINSKI

AUTOR: LAURO LUIR BAGINSKI

AUTOR: LEONARDO SANSANOVICZ

AUTOR: LUIZ ADELINO BIERENDE

AUTOR: MADALENA OSTROSKI

AUTOR: MARIA ILEI BETO RAMSEIER

AUTOR: MARIA MADALENA ROGALSKI

AUTOR: MARILEI FATIMA SIELSKI

AUTOR: MARILENE TEREZINHA MORANDINI

AUTOR: MARINES SALETE MORANDINI

AUTOR: MARINA DA CAMPO

AUTOR: MARIO ARTEMIO BAGINSKI

AUTOR: MARTINHO VANGOSKI

AUTOR: MAURICIO SOLIGO

AUTOR: NEDIO ANTONIO SOLIGO

AUTOR: GILMAR SOLIGO

AUTOR: ESTANISLAU KAMANSKI

AUTOR: NELSON POLON

AUTOR: NELSON REGINATO

AUTOR: DARCILO REGINATO

AUTOR: NILSON CHIARELLO

AUTOR: NILSON MAXIMINO GEMPKA

AUTOR: OLIMPIO ANTONIO OTOLACOSKI

AUTOR: SABINA GLOVASKI SOLIGO

AUTOR: SANDRO CARLOS VANGOSKI

AUTOR: SEGUNDO RONSONI

AUTOR: CORADINO RONSONI

AUTOR: SERGIO BRACIAK

AUTOR: SEVERINO ANTONIO GEMPKA

AUTOR: TANIA MARIA NOSKOSKI

AUTOR: TARSO JOSE NOSKOSKI

AUTOR: TEOFILO NOSKOSKI

AUTOR: VALERIO DA CAMPO

AUTOR: VALMOR TABACZINSKI

AUTOR: ROSA TABACZINSKI

AUTOR: VANDERLEI JOSE NOSKOSKI

AUTOR: VERONICA ROGALSKI

AUTOR: VITORIA OTELAKOSKI NOSKOSKI

AUTOR: WADISLAU ZIVIEZZIKOSKI

AUTOR: ARLINDO SANZONOWICZ

AUTOR: OLGA FRACARO

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RÉU: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

ADELINO LOURENÇO MORANDINI e OUTROS, devidamente qualificados na petição inicial, ajuizaram em face da **UNIÃO** e da **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI** a presente ação declaratória de nulidade do processo administrativo FUNAI/BSB/1150/07 e da Portaria Declaratória nº 2.222, de 21/09/2012, do Ministério da Justiça, que declarou como de ocupação tradicional indígena a área com superfície aproximada de 4.230 hectares denominada “Terra Indígena de Mato Preto”, nos termos do §1º do art. 231 da Constituição Federal e inciso I do art. 17 da Lei nº 6.001/73.

Na inicial, em síntese, alegam os autores que são pequenos agricultores e exploram as propriedades rurais situadas nos municípios de Getúlio Vargas, Erechim e Erebangó/RS em regime de economia familiar, sendo as propriedades ocupadas e exploradas de forma legítima há mais de um século, conforme títulos de propriedade anexados. Relatam que a FUNAI editou as Portarias nº 948//PRES/2004 e GT-Portaria nº 991/PRES/2007, autorizando a criação de grupo técnico para a realização de estudos com vistas à delimitação e demarcação da Terra Indígena de Mato Preto, o que instalou a incerteza, desconfiança e intranquilidade para todos os proprietários e moradores do meio rural destes municípios. Referem que, inicialmente, a pretensa terra indígena atingiria uma área de 223,83 hectares, tendo havido o ajuizamento pelo Ministério Público Federal da Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1/RS perante esta Vara Federal para fins de conclusão do levantamento fundiário e finalização do processo administrativo no tocante a esta área, ação que foi julgada procedente em primeiro grau para determinar o processamento administrativo da demarcação, ação que atualmente aguarda o julgamento dos recursos de apelação interpostos. Narram que, em novembro de 2009, a FUNAI publicou Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena de Mato Preto reconhecendo como de ocupação tradicional indígena uma área de 4.230 hectares e atingindo aproximadamente 300 pequenos agricultores familiares, tendo sido apresentada pelos autores contestação ao relatório expondo as razões de natureza fática, histórica e jurídicas pelas quais entendem descabida a demarcação da pretensa terra indígena, somente tendo tomado conhecimento da

improcedência da contestação quando da publicação da Portaria Declaratória nº 2.222/2012 do Ministério da Justiça.

Citam as disposições constitucionais aplicáveis à questão indígena e sustentam que somente as terras tradicionalmente ocupadas, isso é, habitadas em caráter permanente pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) podem ser passíveis de demarcação como terras indígenas, situação inócua no caso concreto tendo em vista que os autores exercem a posse das áreas há várias décadas como legítimos proprietários e possuidores. Alegam que o próprio Relatório da FUNAI admite a inexistência de ocupação permanente dos índios na denominada Terra Indígena de Mato Preto, tampouco quando da promulgação da Constituição Federal, considerando que os indígenas estabeleceram-se no local em setembro de 2003 em um acampamento de retomada, conforme excertos do Relatório transcrito.

Citam, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto ao entendimento jurisprudencial no sentido de que o disposto no art. 20 e 231 da Constituição Federal não abrangem as terras ocupadas em passado remoto por aldeamentos indígenas extintos, em especial o precedente fixado no processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), sendo que desde então o STF tem suspenso várias demarcações que não observam o marco temporal da promulgação da Constituição Federal para aferir a ocupação indígena.

Efetuem uma análise histórica da questão territorial de Mato Preto com base em estudo elaborado sob a coordenação do Prof. Dr. Aldomar A. Rückert da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Prof. Msc. Henrique A. Kujawa do Instituto Meridional – IMED para contrapor os equívocos e inconsistências do ponto de vista histórico e antropológico dos laudos da FUNAI. No referido estudo, sustentam que resta demonstrado que no local onde localiza-se a atual comunidade de Mato Preto não há evidências de ocupação ou posse efetiva de índios guaranis, nem antes de 1926 e nem depois de 1930, período que caracterizou o aldeamento temporário organizado pelo administrador do Toldo Ventarra (este habitado por índios Kaingang).

Sustentam, ainda, a inconstitucionalidade do Decreto nº 1.775/96 e a consequente nulidade do processo administrativo sob o fundamento de que o referido decreto, a pretexto de regulamentar o disposto no art. 231 da Constituição Federal, incorre em autonomia ilegítima, já que extrapola o âmbito regulamentar reservado aos decretos ao dispor sobre matéria reservada à lei em sentido formal. Além disso, aduzem que o referido Decreto afronta a garantia constitucional do direito de propriedade, o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Discorrem sobre a necessidade de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos da Portaria nº 2.222, de 21/09/2012, do Ministério da Justiça e sobre o preenchimento dos requisitos necessários à sua concessão.

Requereram o benefício da justiça gratuita e prazo para o cadastramento no e-proc de todos os autores e juntada eletrônica do estudo histórico denominado “A questão territorial Mato Preto nos municípios de Getúlio Vargas, Erebangó e Erechim/RS”. Juntaram documentos.

Determinada a redistribuição do feito ao Juízo Substituto da Vara Federal de Erechim em razão da conexão, em razão da causa de pedir, com a Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (ev. 23).

Os autores requereram a reconsideração da decisão que reconheceu a conexão com a Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (ev. 45), tendo sido mantida a decisão (ev. 47).

Os autores juntaram o estudo histórico referido na petição inicial (ev. 58) e informaram o cadastro no polo ativo do presente feito de todos os demandantes, bem como requereram a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela (ev. 59).

Determinada a oitiva das demandadas e do Ministério Público Federal quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinada a inclusão, de ofício, do Estado do Rio Grande do Sul como parte interessada (ev. 61).

A FUNAI (ev. 68), a União (ev. 70) e o Ministério Público Federal (ev. 69) apresentaram manifestação contrariamente ao pleito antecipatório, enquanto que o Estado do Rio Grande do Sul apresentou manifestação acompanhada de documentos em que requereu que o pleito de antecipação dos efeitos da tutela fosse concedido (ev. 71), tendo os autores tecido considerações sobre as manifestações das rés e do Estado do Rio Grande do Sul (ev. 74).

Pela decisão do evento 75 foi reconhecida a existência de conflito federativo entre a União e a FUNAI, de um lado, e o Estado do Rio Grande do Sul de outro, e, por consequência, houve o declínio da competência para o Supremo Tribunal Federal, decisão que foi reformada nos autos do Agravo de Instrumento nº 5004300-14.2013.4.04.0000 (eventos 196, 213/214).

Determinado o prosseguimento do feito nesta 1ª Vara Federal de Erechim com a intimação do Ministério Público Federal para esclarecer se houve a adoção de algum ato concreto de indisponibilização dos imóveis atingidos pela área demarcanda em decorrência dos ofícios expedidos no bojo de Inquérito Civil Público instaurado, bem como da União e FUNAI acerca de suposta proposta de redução da área a ser demarcada (ev. 218).

O Ministério Público Federal apresentou manifestação no evento 244 aduzindo, inicialmente, que a suspensão determinada pelo TRF da 4ª Região quanto à Execução Provisória de Sentença nº 5002432-24.2012.404.7117 (relativamente à Ação Civil Pública nº 5003707-08.2012.404.7117), não obsta o

prosseguimento dos atos relativos à demarcação da Terra Indígena de Mato Preto. Quanto ao Inquérito Civil Público nº 1.29.018.000127/2014-70, destacou que a sua mera instauração não tem o condão de causar quaisquer prejuízos, tendo o procedimento sido instaurado para arrecadar informações destinadas à formação do convencimento do *parquet* sobre a necessidade ou não de atuar na preservação da incolumidade jurídico-patrimonial da área de ocupação tradicional assim reconhecida pela FUNAI e do Sistema Financeiro Nacional, por força do art. 246, §2º, da Lei nº 6.015/73.

Nova manifestação dos autores noticiando o contato de representante do Ministério da Justiça e requerendo a adoção de providências por parte do juízo (ev. 225), o que foi indeferido (ev. 227).

A União se manifestou no evento 343 juntando memorando do Ministério da Justiça.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinada a citação dos réus (ev. 345).

O Estado do Rio Grande do Sul apresentou manifestação no evento 364.

A FUNAI contestou no evento 365. Discorreu sobre o procedimento de demarcação previsto no Decreto nº 1.775/96 e sustentou que o mesmo não se trata de decreto autônomo, mas sim regulamento expedido pelo Poder Executivo para regulamentar o disposto no art. 19 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) que prevê que a demarcação das terras indígenas ocorra por iniciativa e orientação do órgão federal indigenista, segundo o estabelecido em decreto do Poder Executivo, dispositivo plenamente recepcionado neste ponto pela Constituição Federal. Referiu que o Decreto nº 1.775/96 possui fases/etapas, que consistem em: (a)elaboração de relatório de identificação e delimitação; (b)submissão do relatório circunstanciado à avaliação e aprovação da FUNAI; (c)apresentação de manifestação ou contestações pelos interessados; (d)com a resposta às contestações, declaração de limites pelo Ministério da Justiça; (e)demarcação física e início do pagamento das indenizações pelas benfeitorias de boa-fé; (f)homologação pelo Presidente da República; e (g)registro perante o Registro de Imóveis do decreto homologatório. Aduziu a suficiência do contraditório e da ampla defesa previsto no Decreto nº 1.775/96 uma vez que facultado, desde o início do procedimento demarcatório, aos Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, devendo o procedimento ser encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça juntamente com os pareceres relativos às razões e provas apresentadas, nos termos do art. 2º, §§8º e 9º, do referido Decreto, e que o contraditório diferido quanto à primeira etapa consistente na elaboração do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação justifica-se por razões de natureza etno-histórica e sociológica

derivadas dos métodos da antropologia para a obtenção de tais dados imprescindíveis. Asseverou que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já assentaram em diversas oportunidades a higidez do Decreto nº 1.775/96. Destacou que o procedimento de identificação e delimitação da Terra Indígena de Mato Preto seguiu todas as etapas estipuladas no Decreto nº 1.775/96, bem como comprovou a tradicionalidade da área, de acordo com o disposto no art. 231 da CF/88, conforme intercorrências e o andamento do procedimento administrativo narrados. Discorreu sobre as características da ocupação e posse da terra pelos indígenas baseada na teoria do indigenato, tratando-se de um direito originário que não decorre de nenhum outro e de nenhuma situação fática que não a própria história dos índios no Brasil, a qual, segundo sustenta, não guarda correspondência com a posse oriunda do direito civil romano. Concluiu, dessa forma, pela legitimidade da Portaria do Ministério da Justiça nº 2.222/2012 e requereu a improcedência da ação.

Juntado o processo administrativo de demarcação (ev. 366).

A União contestou no evento 367. Sustentou, em síntese, que o procedimento administrativo tramitou regularmente, com observância do devido processo legal e respeito ao contraditório e a ampla defesa, conforme rito estabelecido pelo Decreto nº 1.775/96, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF. Destacou que dentre os princípios que regem a questão indígena no país está o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção da sua posse permanente em usufruto exclusivo, reconhecimento de cunho declaratório, conforme previsto no art. 231 da CF/88 e reconhecido pelo STF no precedente envolvendo o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR). Destacou que no referido precedente o voto-vista do Ministro Menezes Direito, cujo posicionamento integrou o dispositivo da decisão proferida pelo Relator, sugeriu o abandono da teoria do indigenato e o acolhimento da teoria do fato indígena, tendo restado explicitado, porém, que a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação dessas terras, devendo ser considerados outros fatores como o econômico, o cultural, o ecológico e o demográfico, bem como que o Plenário do STF ressaltou que a tradicionalidade da posse como critério para identificação da terra indígena não se perde onde ao tempo da promulgação da Constituição Federal a reocupação apenas não ocorreu em decorrência de esbulho por parte de não-índios. Reiterou os argumentos lançados pela FUNAI acerca da alegada regularidade do processo de identificação e delimitação da referida Terra Indígena. Salientou, ao final, que a continuidade do procedimento administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena de Mato Preto com a determinação de publicação do resumo do Relatório Circunstanciado foi objeto, inclusive, de decisão pela Justiça Federal de Erechim em sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1, executada provisoriamente nos autos do processo eletrônico nº 5002432-24.2012.404.7117. Requereu a improcedência da ação.

Os autores apresentaram réplica (evento 370) refutando as alegações das rés. Repisaram as alegações quanto à inconstitucionalidade do Decreto n° 1.775/96 e contestaram as alegações da FUNAI quanto à suficiência do contraditório e da ampla defesa em relação ao processo administrativo demarcatório. Reiteraram as alegações no sentido da necessidade de observância do marco referencial temporal da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) acerca da ocupação indígena para fins de reconhecimento de determinada área para os fins do art. 231 da CF/88, situação inexistente na área objeto do litígio, segundo os termos do próprio relatório da FUNAI.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação no evento 373 quanto à situação processual da demanda e pela desnecessidade de dilação probatória, mas, se o juízo optar pela produção probatória, sejam as provas, independente da natureza, produzidas exclusivamente por antropólogo ou por esse profissional acompanhadas. Requereu, porém, a produção de prova oral.

Pela decisão do evento 375 foi determinado ao Ministério Público Federal e à União para que informassem acerca do andamento do Inquérito Civil Público n° 1.29.018.000141/2011-21 e da Mesa de Diálogo RS referida no Memorando n° 006/2014 no que se refere à busca de uma solução consensual para o litígio, o que restou cumprido nos eventos 383 e 386.

Indeferidos os pedidos de provas e determinada a abertura de vista às partes e ao Estado do Rio Grande do Sul para a apresentação de memoriais e ao Ministério Público Federal para parecer (ev. 387), decisão que foi objeto de agravo retido por parte do Ministério Público Federal (ev. 394) e agravo de instrumento pelos autores (5015672-86.2015.4.04.0000), sendo que este último foi convertido em agravo retido (ev. 397).

Mantida a decisão agravada (ev. 403), a parte autora interpôs embargos de declaração em relação à determinação de abertura de vista dos autos ao MPF para parecer (ev. 410), os quais foram rejeitados (ev. 412), enquanto o Estado e a União apresentaram contrarrazões (ev. 414/415), ao passo que a FUNAI informou que não tinha interesse em contra-arrazoar o agravo retido do MPF e quanto ao Agravo de Instrumento interposto pelos autores e convertido em retido requereu seja negado provimento ao mesmo (ev. 416).

Os autores interpuseram agravo retido contra a decisão do evento 412, o qual não foi recebido por intempestivo (ev. 424).

Os autores apresentaram memoriais no evento 399. Reiteraram as alegações quanto à incidência da Súmula n° 650 do STF e quanto à necessidade de ocupação tradicional indígena adotando-se como marco temporal a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) para fins de demarcação de terras indígenas, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alegaram, ainda, ausência de prova dos requisitos constitucionais necessários para a caracterização da área como Terra Indígena,

uma vez que o próprio relatório da FUNAI (i) admite a inexistência de ocupação permanente de índios, na pretensa “Terra Indígena de Mato Preto”, tampouco no momento da promulgação da CF/88; (ii) não contém elemento probatório algum que comprove a ocorrência da ocupação e habitação na área demarcada; (iii) não demonstra a perdurabilidade da ocupação indígena na área demarcada; (iv) comprova que jamais houve “esbulho renitente” por parte dos autores em face dos indígenas, até mesmo porque resta inequívoco que somente no ano de 2003 os índios passaram a reivindicar a demarcação da área. Apontaram os elementos do estudo histórico “A Questão Territorial Mato Preto nos municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim/RS” no intuito de demonstrar os equívocos e inconsistências do relatório da FUNAI, estudo que conclui que na região onde localiza-se a atual comunidade de Mato Preto não evidenciou-se ocupação ou posse efetiva de guaranis, nem antes de 1926 e nem depois de 1930, período que caracterizou o aldeamento temporário organizado pelo administrador do Toldo Ventarra, Theobaldo Marengo. Aduziram que as teses sustentadas pelas rés, ignorando o teor da Súmula 650 do STF e do precedente firmado pelo STF na Pet. 3.388/RR e baseadas exclusivamente na alegada “posse imemorial”, da “natureza especial das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” e da “teoria do indigenato” autorizariam a criação indiscriminada e infinita de terras indígenas no Brasil. Referiram a instauração pelo Estado do Rio Grande do Sul de Grupo de Trabalho (Decreto nº 49.651/2012) com a finalidade de elaborar estudos e levantamentos para a solução ampla da questão relativa à demarcação de terras indígenas no Estado, cujo relatório juntaram (ev. 399, OUT3). Teceram e repisaram considerações acerca da suficiência do contraditório e ampla defesa no Decreto nº 1.775/96. Discorreram sobre o comportamento temerário e parcial da FUNAI com base em matéria jornalística, bem como chamaram atenção para a petição do Estado do Rio Grande do Sul do evento 71 em que constam informações de que o abandono da aldeia de Cacique Doble pela comunidade Guarani foi realizado em função de conflitos com os vizinhos Kaigangs, apoio da ONG CIMI, da FUNAI e com participação direta da própria antropóloga Flávia Cristina de Melo, que depois foi nomeada pela FUNAI para realizar o estudo antropológico no processo demarcatório, e que tais indígenas foram deslocados para lá após ritual xamânico liderado por Eduardo Karai Guaçu, do qual participou a antropóloga Flávia, com ingestão de erva alucinógena, conforme informações da tese de doutorado da referida antropóloga, destacando a conclusão do Estado do Rio Grande do Sul de que o laudo antropológico foi forjado. Em conclusão, asseveraram que são proprietários dos imóveis rurais e neles exercem a atividade profissional (agricultura familiar) por sucessivas gerações e há mais de um século, que o marco temporal a ser observado da ocupação indígena é a promulgação da Constituição Federal e os indígenas somente se deslocaram para a região de Mato Preto em setembro de 2003, ausente, ainda, a tradicionalidade da ocupação, bem como “esbulho renitente” considerando que somente no ano de 2003 os indígenas passaram a reivindicar a área.

A FUNAI apresentou os memoriais no evento 396. Em síntese, reiterou os termos da contestação apresentada, discorrendo sobre as fases do procedimento de demarcação previstas no Decreto n° 1.775/96, bem como sobre a suficiência do contraditório e da ampla defesa previstos no referido Decreto e da proporcionalidade de que o contraditório na primeira fase relativa à identificação e delimitação seja diferido. Reiterou, igualmente, a alegação acerca da regularidade do processo de identificação e delimitação da Terra Indígena de Mato Preto, conforme Informação Técnica n° 185/DPT/2012 anexada aos autos que contém o histórico da tramitação do procedimento e das suas intercorrências, bem como de que a Portaria do Ministério da Justiça que declara a posse permanente da área aos indígenas é resultado de um complexo estudo de longo processo administrativo, permeado das garantias da ampla defesa e do contraditório. Mais uma vez, reiterou os termos da contestação acerca da posse indígena e das diferenças com a posse civil. Requereu a improcedência da ação.

A União, por sua vez, apresentou memoriais no evento 398 suscitando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido. Quanto ao mérito do pedido, reiterou os termos da contestação apresentada, inclusive destacando/transcrevendo os principais aspectos abordados na defesa apresentada no evento 367.

O Estado do Rio Grande do Sul apresentou memoriais no evento 402, na condição de terceiro interessado. Fez breve histórico sobre o pedido formulado nesta ação e sobre o andamento da Ação Civil Pública n° 2006.71.17.001628-1. Referiu que na ação civil pública em referência o Estado tomou ciência de uma séria de circunstâncias que depõem contra o processo demarcatório, conforme apontado na manifestação inicial juntada aos autos no evento 62, em especial de que a área de Mato Preto nunca fora indígena e que o laudo antropológico foi forjado em face da atuação parcial e antiética da antropóloga Flávia Cristina de Melo, uma vez que a mesma participou dos contatos pessoais e políticos que levaram à decisão da tribo de abandonar a aldeia de Cacique Doble e acampar nas proximidades da área objeto da demarcação. Apontou as inconsistências e contradições dos laudos antropológicos no decorrer do processo administrativo demarcatório. Suscitou o impedimento e suspeição da antropóloga Flávia Cristina de Melo para realizar o laudo antropológico que serviu de base para a portaria declaratória considerando a relação de amizade íntima da mesma com os indígenas beneficiados com a demarcação, segundo por ela confessado em sua tese de doutorado, anexada no evento 62. Discorreu sobre a regulamentação jurídica ao longo da história acerca das demarcações de terras indígenas e a sua interpretação judicial, fazendo referência, em especial, ao precedente do STF no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR) e do RE 629.993 no que se refere ao marco temporal da ocupação a ser considerado para fins de demarcação. Ao final, requereu o acolhimento dos pedidos formulados pelos autores.

Após requerimento de dilação de prazo (ev. 419), o MPF apresentou parecer no evento 423 pela improcedência da ação. Em análise das questões processuais, manifestou-se pela rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido suscitada pela União. No mérito, discorreu de modo prefacial sobre a questão indígena no Brasil, o multiculturalismo e os valores do Estado pluriétnico consagrados na Constituição Federal e na Convenção n° 169 da OIT, bem como sobre o processo de demarcação das terras indígenas. Especificamente quanto ao processo demarcatório discutido nestes autos, asseverou que mesmo em juízo não há possibilidade de desconstituir o mérito do Relatório Circunstanciado sem que a decisão se baseie em laudo pericial antropológico. Discorreu sobre a qualificação da antropóloga-chefe designada pela FUNAI para realizar o estudo e sobre os elementos constantes do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena de Mato Preto, que asseverou preenchem todos os requisitos legais e as necessidades da comunidade indígena, conforme dispõe o art. 231 da Constituição Federal, promovendo individualizada análise de todas as partes do Relatório elaborado no bojo do processo administrativo demarcatório. Discorreu sobre o processo de aprovação do Relatório Circunstanciado na FUNAI e sobre as alterações do laudo preliminar apresentado, sua publicação e etapa de manifestação dos interessados a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa e, por fim, da decisão do Ministro da Justiça e publicação da Portaria Declaratória. Discorreu, ainda, o *parquet* sobre a questão atinente ao marco temporal e a Súmula 650 do STF. Em síntese, o parecer foi no sentido de que (a) a instrução do processo administrativo demarcatório obedeceu rigorosamente as prescrições do Decreto n° 1.775/96 e da Portaria FUNAI n° 14/96; (b) a Portaria MJ n° 2.222/2012 é formalmente válida e legítima; (c) o Relatório Circunstanciado logrou comprovar que todas a área apontada na Portaria Declaratória são de ocupação tradicional Guarani e se destinam à sua posse permanente, são necessários para suas atividades produtivas, são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e são necessários para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições; e (d) a tese do marco temporal e a Súmula n° 650 do Supremo Tribunal Federal são inaplicáveis ao caso e mesmo que aplicável a tese do marco temporal, a situação concreta se enquadra, de forma nítida, na exceção do esbulho renitente. Opinou, dessa forma, pela improcedência da ação.

Após a conclusão dos autos para sentença o Estado do Rio Grande do Sul informou (evento 430) que chegou ao seu conhecimento a informação de que o Ministério Público Federal teria compelido a empresa PROSUL Projetos Supervisão e Planejamento Ltda a adquirir uma área para a comunidade indígena guarani na área de Mato Preto por intermédio da Associação Indígena Guarani Arandú Verá, no mesmo local onde a FUNAI pretende demarcar como área indígena, com recursos oriundos de medidas compensatórias pela construção de rede de distribuição da Eletrosul, o que reputou como fato superveniente modificativo ou extintivo da situação da demanda, na forma do art. 462 do CPC.

É o relatório. Passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. PRELIMINAR

1.1. Impossibilidade jurídica do pedido

A União alega que, em obediência ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88), o Poder Judiciário não pode rever o mérito da Portaria que declarou a área em discussão como sendo de ocupação tradicional indígena, porque o ato está sujeito ao poder discricionário do Executivo.

De início, registro que a preliminar em referência suscitada pela União não foi argüida em contestação (ev. 367), momento processual oportuno para tanto (art. 300, do CPC), não havendo qualquer fato novo a justificar a inovação defensiva apenas na apresentação de memoriais antes da prolação da sentença.

De qualquer sorte, tratando-se de condições da ação que, em tese, poderiam ser conhecidas de ofício e a fim de entregar a prestação jurisdicional completa (art. 303 do CPC), passo à análise da alegação.

A alegação é manifestamente improcedente.

Primeiramente, deve ser dito e ponderado que qualquer ato administrativo, discricionário ou não, que alegadamente viole direitos e garantias individuais pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta à cláusula de sindicabilidade prevista no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal. De qualquer forma, como adiante brevemente será exposto, o ato de demarcação de terra indígena não encerra qualquer discricionariedade (no sentido de conveniência e oportunidade para a sua prática), nem tampouco possui natureza política ou *interna corporis*, ao contrário, **trata-se de ato plenamente vinculado ao regramento jurídico da matéria.**

Com efeito, a demarcação das áreas indígenas está prevista no art. 231 da CF/88 e no art. 19 da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio), nos seguintes termos:

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.

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

A redação dos dispositivos não deixa dúvida de que o legislador não abriu espaço para juízos de conveniência e oportunidade quando se referiu às demarcações de áreas identificadas de ocupação tradicional indígena. O comando legal é imperativo no sentido de que '*é dever da União promover a demarcação*'. Esse raciocínio foi confirmado pelo STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), como esclarece o voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

(...) O instituto da demarcação das terras indígenas e suas coordenadas constitucionais. A demarcação como competência do Poder Executivo da União

68. Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regrada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si."

(STF, Pleno, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/03/2009)

Por outro lado, como a demarcação de uma área como sendo indígena para os fins do art. 231 da Constituição Federal pressupõe juízos de fato, baseados em amplos estudos técnicos, tal análise é plenamente viável no âmbito do Poder Judiciário, já que o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 é expresso no sentido de que '*não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*'.

Assim, rejeito a preliminar.

2. MÉRITO

2.1. Nulidade do processo administrativo demarcatório por ofensa ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Alegação de inconstitucionalidade do Decreto nº 1.775/96

Os autores suscitam, dentre outras alegações, a inconstitucionalidade do Decreto nº 1.775/96, por se tratar de decreto autônomo, editado fora das hipóteses autorizativas do art. 84, IV e VI, da CF/88, uma vez que não se trata de decreto editado para regulamentar a fiel execução de lei (art. 84, IV) e tampouco dispõe sobre a organização e funcionamento da administração federal ou sobre extinção de funções e cargos públicos quando

vagos (art. 84, VI), tendo sido editado para regulamentar diretamente o disposto no art. 231 da CF/88.

Quanto a esse ponto, a despeito da controvérsia existente na doutrina e jurisprudência acerca da constitucionalidade dos chamados “decretos autônomos” editados para regulamentar diretamente dispositivo da Constituição Federal quando todos os elementos a respeito de determinada matéria já estejam presentes no próprio texto constitucional e dispensem a edição de lei específica, de rigor reconhecer que disso não se trata quanto ao Decreto nº 1.775/96.

Destarte, a despeito da previsão constitucional (art. 231, CF/88), de se observar que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) já contém previsão no sentido de que as terras indígenas deverão ser administrativamente demarcadas pelo órgão federal de assistência ao índio, **de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo:**

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

*I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os **artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;***

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Logo, o Decreto nº 1.775/96 não se trata de decreto autônomo e não é maculado pela pecha de inconstitucionalidade pelo fato de o art. 19 do Estatuto do Índio não descer em minúcias quanto às regras do procedimento administrativo demarcatório, relegando-os ao que for estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Portanto, uma vez observados os princípios gerais do processo administrativo derivados do próprio texto constitucional (respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa), não se cogita de inconstitucionalidade formal, sendo certo, ademais, que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) foi plenamente recepcionado nesta parte pela Constituição Federal de 1988 já que não se verifica qualquer incompatibilidade entre o art. 19 do referido Estatuto do Índio e o texto constitucional, ao contrário, lhe dá concretude e eficácia.

Superada essa etapa, impende analisar a suficiência do contraditório e da ampla defesa no procedimento previsto no Decreto nº 1.775/96 e a sua observância no caso concreto.

A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu art. 5º, inciso LIV, que *'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'*. E, consoante o seu art. 5º, inciso LV, *'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'*. O direito ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, tem âmbito de proteção de caráter normativo que, de um lado, impõe ao legislador o dever de conferir densidade normativa adequada a essa garantia e, de outro, permite-lhe alguma liberdade de conformação.

Nesse sentido, a lei do processo administrativo disciplina o direito ao contraditório e à ampla defesa no plano federal (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99). Há também diplomas específicos, como o Decreto nº 1.775/96, que regula o processo demarcatório de terras indígenas.

Vale lembrar que, na vigência do Decreto nº 22/91, que foi objeto de revogação pelo atual Decreto nº 1.775/96, sequer havia previsão expressa do contraditório administrativo no processo de demarcação de terras indígenas, sendo este, aliás, o motivo preponderante para a edição de um novo Decreto regulamentador para o processo administrativo demarcatório em que fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa ante a iminência de que viesse a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, somente com a edição do Decreto nº 1.775/96 é que surgiu a possibilidade de terceiros interessados apresentarem manifestações quanto às conclusões do relatório de identificação e delimitação da área a ser declarada indígena.

O art. 2º do Decreto nº 1.775/96 assim dispõe:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

(...)

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

§8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios

em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

De acordo com a redação do dispositivo acima transcrito (§8º do art. 2º), no processo demarcatório de área indígena, o contraditório e a ampla defesa caracterizam-se pela possibilidade de Estados e Municípios do local da área sob demarcação e de todos os demais interessados manifestarem-se, *desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área*, apresentando à FUNAI as razões da manifestação, instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, dos estudos.

Assim, não há nenhuma previsão legal quanto à necessidade de intimação pessoal dos interessados ou de qualquer oportunidade de impugnação antes da publicação do relatório de identificação da área, nem implica nulidade por inobservância do contraditório e ampla defesa tal fato considerando que as razões e provas apresentadas pelos contestantes devem ser objeto de apreciação pelo Ministro de Estado da Justiça para decisão (art. 2º, §§9º e 10.)

Portanto, desde o momento em que constituído grupo de trabalho técnico mediante Portaria para a elaboração do estudo a que se refere o art. 2º do Decreto nº 1.775/96 quaisquer interessados poderiam manifestar-se e apresentar

provas, documentos, etc. com vistas a influir no resultado do estudo a ser realizado.

Ademais, o Plenário do STF, ao julgar o MS 24.045 (j. 28.04.2005), da Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, decidiu que '*ao estabelecer procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes da sua vigência, o Decreto n. 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa*', sendo salutar registrar que para os procedimentos iniciados e em curso quando da publicação do referido Decreto foi prevista apenas a abertura do prazo de 90 (noventa) dias a contar da sua publicação para os interessados se manifestarem, nos termos do §8º do art. 2º (art. 9º), ou seja, não restou facultada (porque o Decreto nº 22/91 não previa essa possibilidade) a manifestação "*desde o início do procedimento demarcatório*" e, mesmo assim, a constitucionalidade do Decreto restou assentada pelo STF.

Acerca da constitucionalidade das regras previstas no Decreto 1.775/96 e da inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, cito, ainda, o seguinte julgado do STF:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I [...]. II - O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 - cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV - Recurso a que se nega provimento.

RMS 26212, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-02 PP-00290)

No caso concreto, observa-se, inclusive, que os autores e demais agricultores ocupantes da área objeto da demarcação apresentaram contestação administrativa no prazo de 90 (noventa) dias da publicação do Relatório a que se refere o §7º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96 (contestação autuada como processo administrativo FUNAI/BSB/00620/2010) e os argumentos apresentados foram analisados pelo Parecer nº 398//CGID/2011 (ev. 366, PROCADM13, p. 13 a PROCADM15), parecer este de 36 páginas nas quais foram analisadas as alegações dos contestantes.

Impende registrar, ainda, que apesar de não terem sido acolhidas as razões apresentadas pelos autores no processo administrativo de demarcação, isso não significa necessariamente que houve violação às regras do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório.

Em síntese, houve defesa administrativa, devidamente apreciada, de forma pontual, concreta e fundamentada, pela FUNAI, na forma do procedimento previsto pelo Decreto nº 1.775/96 cuja constitucionalidade já restou assentada em diversas oportunidades pelo STF.

De outra parte, se a rejeição da defesa não resultou na decisão correta a ser tomada, o que existe não é nulidade procedimental, mas incorreção meritória na decisão que acolheu o relatório de identificação e delimitação sugestivo de demarcação da área, matéria a ser adiante enfrentada, quando do revolvimento de fatos e provas que embasam a Portaria Declaratória.

2.2. Do regime jurídico das terras indígenas

Inicialmente, registro que não se fará nesta sentença extensa digressão sobre a evolução legislativa no que concerne às terras indígenas, desde o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, em que pese o inegável valor histórico deste estudo, exceto quando estritamente necessário, tendo em vista que neste feito se objetiva obter pronunciamento do Poder Judiciário sobre controvérsia concreta instaurada entre os autores e a FUNAI/União e as balizas para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação das terras indígenas constam da própria Constituição Federal e legislação complementar.

Dito isso, cabe brevemente referir que a Constituição Federal de 1988 assegurou aos índios sua língua, sua cultura, seu uso, seus costumes, suas crenças e suas tradições (art. 231, *caput*). Garantiu também os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando que, na identificação dos limites das terras ocupadas por cada comunidade indígena, fossem considerados os seus usos, costumes e as suas tradições (art. 231, §1º). Outros dispositivos constitucionais demonstram o intento da política indigenista inaugurada pela atual Constituição Federal. O art. 20, inciso XI, inclui as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União, enfatizando a idéia de ocupação tradicional e não de mera ocupação física da terra (posse civil, *jus possessionis*). O art. 22, inciso XIV, atribui à União competência exclusiva para legislar sobre populações indígenas. O art. 129, inciso V, inclui entre a competência do Ministério Público Federal a defesa judicial dos interesses das populações indígenas. O art. 210, § 2º, permite às comunidades indígenas o uso de sua língua materna e dos seus processos de aprendizagem no ensino fundamental regular de seus membros. O art. 215 determina a proteção das manifestações culturais dos índios pelo Estado, nada dispondo sobre a integração dos índios à comunhão nacional.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), publicado ainda em 1973, em seu art. 2º, inciso IX, já regulamentava a posse e o usufruto exclusivo, como também determinava a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos: [...]

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes; [...]

Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas.

A maior preocupação do poder constituinte com os índios concentrou-se na preservação de seu *habitat* natural, isto é, das terras por eles tradicionalmente ocupadas, como condição necessária para o reconhecimento, constitucionalmente assegurado, de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. A demarcação das terras indígenas é um dos instrumentos fundamentais de proteção ao índio, na medida em que delimita áreas específicas nas quais os índios podem exercer seus direitos e cultivar seus costumes.

Conforme o Decreto nº 1.775/96, o procedimento demarcatório das terras indígenas ocorre por iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio, no caso a FUNAI.

O procedimento para demarcação de terras indígenas tradicionais era regulamentado pelo Decreto nº 22/91, que foi expressamente revogado pelo Decreto nº 1.775/96, o qual foi complementado pela Portaria nº 14/MJ, de 9/01/1996, que estabelece regras sobre a elaboração do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas.

Esse Decreto apresenta quatro fases do procedimento administrativo de demarcação, a saber: a) identificação e delimitação; b) demarcação; c) homologação e; d) regularização fundiária. A

identificação e a delimitação consistem, primeiramente, na realização de estudos antropológicos, históricos, demográficos e sociológicos sobre determinado grupo e do levantamento cartográfico e fundiário da região. Tais estudos são feitos por equipe técnica especializada, designada pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Depois, desde o início do procedimento demarcatório e após noventa dias da publicação do resumo da proposta no Diário Oficial da União e também no da respectiva unidade federada, os Estados e Municípios ou quaisquer interessados podem manifestar-se, apresentando provas.

Por último, a FUNAI envia, juntamente com a proposta, os pareceres relativos às razões e às provas ao Ministro da Justiça. Em até trinta dias do recebimento, o Ministro poderá decidir de três formas: determinando a demarcação e declarando os limites da terra indígena, mediante portaria; prescrevendo novas diligências a serem realizadas no prazo de noventa dias; ou desaprovando a proposta, fundamentando no não atendimento ao §1º, art. 231, da CF/88 e disposições pertinentes, conforme o artigo 2º, §10 do Decreto nº 1.775/96. Uma vez aprovada a proposta e determinada a demarcação, que consiste na materialização dos limites eleitos na etapa de identificação da área, a próxima etapa é a homologação. Por meio dela, o Presidente da República, mediante decreto, ratifica formalmente o ato e esse é publicado no Diário Oficial da União. As áreas homologadas são registradas em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

2.3. Da ocupação tradicional indígena. Conceito. Precedente do STF (Pet. 3.388/RR)

É nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal que se encontram os elementos essenciais para a definição jurídico-constitucional de tudo aquilo que diz respeito aos indígenas e seus direitos coletivos e individuais. Desses mesmos dispositivos se extrai que sobre as terras *tradicionalmente* ocupadas por índios incidem os direitos de propriedade e de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas. Declara-se, em primeiro lugar, que as terras *tradicionalmente* ocupadas pelos índios são bens da União (art. 20, XI). Adicionalmente, o *caput* do art. 231 prevê que devem ser reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que *tradicionalmente* ocupam, cabendo à União demarcá-las.

O poder constituinte, realizando interpretação constitucional autêntica, esclareceu ele próprio, no §1º do art. 231, que '*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*'. De acordo com o texto constitucional, a base do conceito está fundada

em quatro condições, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para as suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; 4) serem necessárias à reprodução física e cultural.

É importante notar, no ponto, que os requisitos não são cumulativos em cada perímetro individualmente considerado. Ou seja, não se exige, para demarcar uma determinada área, que sobre ela estejam cumulativamente presentes todos os requisitos, por exemplo, que ela seja habitada em caráter permanente, que seja utilizada para atividades produtivas, que seja imprescindível à preservação de recursos ambientais e que seja necessária à reprodução física e cultural. É que a redação do dispositivo soma terras, áreas, perímetros distintos, agregando-os no conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios". Uma área poderá ser considerada tradicionalmente ocupada pelos índios por ser por eles habitada em caráter permanente; outra, próxima, poderá ser agregada na mesma reserva porque, embora não habitada em caráter permanente, é considerada imprescindível à reprodução física e cultural dos índios; outra, também próxima, poderá ser agregada na mesma reserva porque, embora prescindível à reprodução física e cultural, é considerada imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade indígena.

Assim dispõe o texto constitucional:

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.

Naturalmente, devido ao processo de ocupação geográfica ocorrido ao longo dos séculos em todo o país, muitas demarcações levantam controvérsias quanto à tradicionalidade da ocupação por se tratarem de áreas em que estão sobrepostos interesses conflitantes entre as populações indígenas e outros grupos populacionais, como ocorre na situação objeto deste feito.

Nas palavras do Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior (TRF4, APELREEX 5006473-76.2012.404.7006, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 07/05/2015), “*No processo de demarcação dessas ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’, prevista na Constituição de 1988, a cargo da União, naturalmente emergiram diversos conflitos relativos à terra, basicamente pelo fato de não-índios reclamarem para si a propriedade e/ou posse legítima das áreas que se pretendiam demarcar como indígenas. E não poderia ser diferente num país que há 500 anos tinha praticamente toda sua superfície povoada por indígenas (que se contavam aos milhões), e cuja história a partir de então corresponde, também, à contínua e progressiva ocupação do território por não-índios, com a paulatina retração numérica da população autóctone, cujos remanescentes foram sendo removidos para alguns bolsões, ou se dispersaram e foram incorporados, ainda que marginalizados, ao novo padrão de sociedade que se impôs*”.

Em suma, numa análise retrospectiva, praticamente todo território brasileiro foi um dia "terra indígena", de forma que o conceito de "*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*" para fins de demarcação e destinação exclusiva para as comunidades indígenas *na forma do art. 231 da Constituição Federal* tem de ser modulado e ponderado, sob pena de se autorizar, com base apenas na teoria do indigenato baseada na posse imemorial das terras, a demarcação de qualquer ponto do território nacional como terra indígena, acerto histórico de contas que hoje, faticamente, não mais se revela possível nestes termos pela política de colonização desenvolvida ao longo dos séculos.

Na mediação dos conflitos advindos da demarcação das terras indígenas, e exercendo a jurisdição constitucional que lhe compete, o STF estabeleceu importantes balizamentos para a solução desses litígios, a saber:

a) o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF que dispõe “*os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”, o que constitui importante vetor interpretativo, ainda que a referida Súmula tenha sido editada no contexto de análise do interesse jurídico na União em ações de usucapião de terras em aldeamentos extintos (RE 219.983), em julgado assim ementado:

BENS DA UNIÃO - TERRAS - ALDEAMENTOS INDÍGENAS - ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA - ALCANCE. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas. (RE 219983, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1998, DJ 17-09-1999 PP-00059 EMENT VOL-01963-04 PP-00632 RTJ VOL-00171-01 PP-00338)

Em seu voto no referido precedente, o eminente Ministro Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras indígenas, que ocupação tradicional não é posse imemorial: “*Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra 'tradicionalmente' não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional.*” (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

b) o marco temporal para a definição de "terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas" é 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988, consoante decidido no julgamento da Petição nº 3.388/RR (caso "Raposa Serra do Sol"), de forma que deve ser considerada a ocupação tradicional da terra nesta data para a configuração ou não de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", restando, porém, expressamente ressalvado na ementa do acórdão de que “*A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios*”.

A propósito, confira-se a ementa do julgado a esse respeito:

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

(...)

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de

verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049)

De outra parte, impende referir que o referido precedente do STF foi proferido em ação popular (ação individual) e não é dotada, por isso, de efeito vinculante em seu sentido técnico-jurídico (efeito este restrito às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, julgamentos proferidos sob a sistemática da repercussão geral ou matérias definidas em Súmula Vinculante), *mas apesar dessa ausência de caráter vinculante os fundamentos do acórdão são dotados de força moral e persuasiva a orientar a decisão em processos em que se discuta matéria similar*, conforme expressamente restou decidido em embargos de declaração, em acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas

pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

(Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014)

Com base em tais premissas passo à análise da situação concreta.

2.3. Da tradicionalidade da ocupação indígena guarani em Mato Preto, nos municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim/RS

A Portaria nº 2.222, de 21 de setembro de 2012, do Ministro de Estado da Justiça, acolhendo proposta de delimitação da FUNAI nos autos do processo administrativo FUNAI/1150/2007, declarou como de posse permanente do grupo indígena Guarani Chiripá e Mbya a denominada “Terra Indígena Mato Preto” com superfície aproximada de 4.230 hectares e perímetro também aproximado de 30 km, área situada na confluência dos municípios de Erebango, Getúlio Vargas e Erechim/RS (ev. 366, PROCADM13, pág. 11/12).

No início da análise dos fatos e provas que envolvem a referida demarcação, necessário se faz registrar o que, na ótica do juízo e considerando os precedentes jurisprudenciais – em especial do STF – se mostra desde logo incontroverso ou relevante para a solução da controvérsia, considerando que as partes (incluindo o Ministério Público e o Estado do Rio Grande do Sul) divergem sobre muitos aspectos que embora possam possuir a sua relevância histórica não são essenciais à solução da lide, motivo preponderante inclusive para o indeferimento dos pedidos de provas formulados consubstanciado na decisão do evento 387.

Primeiro, é importante registrar que a *atual* ocupação dos índios guaranis na região de Mato Preto iniciou no mês de setembro de 2003 com um “*acampamento de retomada*”, em uma área pública às margens da rodovia RS-

135 e do leito da ferrovia Santa Maria-Marcelino Ramos/RS, sendo tal ponto incontroverso, conforme alegam os autores e consta do próprio Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação datado de 04/11/2009 adotado pela FUNAI para fins de expedição da Portaria Declaratória e de autoria da antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Melo (ev. 366, PROCADM4, pág. 03/04):

“Em 2001, essas famílias Guarani começaram as negociações com a FUNAI para dar início ao processo de reconhecimento da área, conforme arquivo documental da AER Passo Fundo. Em 2003, este grupo ocupava na TI Cacique Doble Eduardo Karai Guaçu Martins, a liderança espiritual do grupo, em idade avançada e bastante adoentado decidiu que era hora de partirem. Assim, em setembro de 2003, eles reuniram coisas e animais que puderam transportar e partiram em direção à Mato Preto, determinados a retomar a terra de seus falecidos parentes.

A crise social decorrente dos conflitos com os Kaingang na TI Cacique Doble impulsionou a retomada da terra de Mato Preto, não sendo, contudo, seu único motivador. Várias soluções para os conflitos foram tentadas junto à FUNAI, inclusive a proposta de demarcação de uma pequena área para os Guarani, separada da TI dos Kaingang. Essa idéia, porém, foi descartada pelo grupo após ter sido reprimida violentamente pelos Kaingang, que espancaram e detiveram o representante Guarani que conduzia a negociação com a FUNAI, ameaçando não mais liberá-lo e punir todas as pessoas que ali viviam se eles levassem adiante este processo.

No dia 30 de setembro de 2003, as quarenta e cinco pessoas que compunham a aldeia Guarani da TI Cacique Doble, RS, deixaram esta aldeia e estabeleceram um acampamento na faixa de domínio público no entroncamento da Rodovia RS 135 e a linha férrea da RFFSA. Montaram casas improvisadas e passaram a pôr em prática um projeto coletivo”.

Controvertem as partes, a respeito, apenas quanto ao conceito que deve prevalecer acerca do que seja ocupação tradicional indígena, ou seja, as suas implicações com a ocupação passada da área (adiante referida) e/ou a existência de esbulho renitente por parte de não índios (e neste caso o seu conceito, existência no caso concreto e até quando teria perdurado).

De igual modo, afigura-se ao juízo incontroverso, mormente pela memória oral dos indígenas coletada no processo administrativo e documentação histórica do Estado do Rio Grande do Sul, que houve a criação *formal* por parte do Estado do Rio Grande do Sul de uma área destinada aos índios guaranis com 223,635 hectares na década de 1920, área esta originada da discriminação da Floresta Protetora de Mato Preto que se encontrava intrusada por posseiros, sendo que a Floresta de Mato Preto foi dividida em 3 (três) polígonos, os “A” e “B” destinados à colonização (venda de lotes) e o polígono “B” destinados aos

índios guaranis, conforme se infere do Ofício nº 133, datado de 20/08/1928, da Comissão de Terras e Colonização (ev. 58, OUT58, pág. 25/28):

Cid. Engenheiro Director de Terras e Colonização

Porto Alegre

*Mediante o que considerou, essa Directoria, em officio nº 344, de 02 de Julho do corrente ano, sobre a Floresta do Matto Preto, vimos dizer o seguinte: **que em Março deste ano esta comissão resolveu, tendo authorização para isto, a discriminação de terras na Floresta do Matto Preto, enviando para executar esse serviço o então auxiliar tecnico diarista Estevão Malinovski que, até recebimento da ordem de suspensão dos serviços, discriminou a área da referida Floresta na parte situada a Leste da linha férrea, ficando ainda a da parte Oeste, na qual se encontra o Toldo Ventarra; que na discriminação effectuada, a área foi dividida em três polígonos sendo que num delles, com 223,635 hectares, se encontra o agrupamento de Índios Guaranys que, emigrados da zona do Votouro, ali foram localizados com conhecimento e autorisação da Directoria.***

O serviço que esta Comissão realizou na Floresta do Matto Preto foi, somente, o de discriminação de terras. Este serviço visava dois objetivos: 1º) estabelecer, precisamente, as áreas ocupadas pelos dois agrupamentos de Índios (Guarany e Coroado) e desembaraça-las das frequentes perturbações causadas pela intrusão; 2º) pedir authorização para demarcar nas áreas restantes lotes ruraes em vista da situação criada pela intrusão que ali é grande e tem damnificado as matas com as roças e derrubadas criminosas. Para maior esclarecimento transcrevemos aqui a mais recente informação, posterior ao serviço de discriminação, que nos foi trazida pelo Encarregado do Toldo Ventarra:

“Toldo Ventarra, 30 de Junho de 1928

M. D. Chefe da Comissão de Terras – Boa Vista

*Levo ao vosso conhecimento que percorri a Floresta do Matto Preto, de acordo com as vossas instruções e tenho a informar o seguinte: os intrusos quase em geral conservam-se rebeldes infringindo as instruções do Serviço Florestal, avançando cada dia mais nos terrenos do Estado roçando e fazendo plantações de trigo, preparando outras terras e dizem que não obedecem embargos feitos por funcionários dessa comissão continuando assim sua tereffas. **Na zona futura para os Índios Guaranys onde elles já estão collocados,** os intrusos naos os deixam*

plantar e vivem encomodando-os para se retirarem, querendo desmoralisar o Encarregado do Toldo e prometendo aos Índios castigo se avançarem com suas terras de cultura que dizem não terem direito. Sendo que o Serviço Florestal e principalmente o Serviço de proteção aos Índios está sendo prejudicado pelos intrusos peço a V.S. queira providenciar. Saudações cordeaes.

(a) Theobaldo Marengo, Encarregado do Toldo”

Juntamos ao presente offício, uma planta dos serviços realizados na Floresta do Matto Preto e mais um croquis elucidativo.

Ante tudo o que ficou exposto acima, em relação aquella Floresta, somos da opinião de que, estabelecidos como ficaram as divisas para o agrupamento dos Índios Guaranyes, no polygono B, proceda-se, então, a retirada dos intrusos que se acham naquela área, e que se proceda a demarcação dos lotes ruraes nos polygonos A e C.

As terras da parte da Floresta do Matto Preto, onde projectamos a demarcação de lotes, estão computadas a razão de 40 réis o metro quadrado sendo que segundo informação, muitos dos próprios moradores intrusos pagarão a vista não só no intuito de adquirir terras boas e bem localisadas como também de normalisar sua própria situação.

Achamos opportuno, também, comunicar que se torna quase impraticável a nossa intervenção no sentido de impedir a intrusão naquella Floresta e effectuar a retirada dos intrusos actuaes que, obstinadamente, insistem no domínio das terras sendo, portanto, mister auxílio de força para o desempenho desta medida.

Ass: Chefe da Comissão” (sem grifos no original)

Controvertem as partes, a esse respeito, quanto à ocupação indígena pelos índios guaranis em momento anterior à criação formal desta área pelo Estado do Rio Grande do Sul, circunstâncias da desocupação ocorrida em 1930 e permanência ou não dos guaranis na área após a desocupação documentada nos documentos históricos existentes.

Por oportuno, transcreve-se o teor do Ofício nº 29, de 14 de fevereiro de 1930, da Comissão de Terras e Colonização que noticia a desocupação pelos indígenas da área do “Polígono B” que foi destinada aos guaranis quando da discriminação da Floresta Protetora de Mato Preto (ev. 58, OUT35, pág. 05):

Ofício nº 29 – Boa Vista do Erechim 14 de Fevereiro de 1930

Cid. Eng. Director de Agricultura, Industria e Comércio

Porto Alegre

Tendo esta comissão conseguido remover os índios guaranys que occupavam uma porção de terras junto a Secção Matto Preto, para as terras do Toldo Votouro, vimos por este solicitar dessa Directoria a necessária authorisação para proceder a divisão das ditas terras em lotes coloniaes, com o fim principal de localisar intrusos que se acham em lotes concedidos a outros, como há mais de um caso na mesma Secção Matto Preto, e também para tentar desafogar a intrusão existente na floresta Giaretta.

Essas terras são de regular qualidade, mas os mattos estão muito devastados pelos índios. O projecto de divisão constante da planta que enviamos junto, prevê o número de 11 lotes, com a area total de 2.238.350 metros quadrados; nelle não está prevista a viação, (que aliás facilmente pode ser attendida) porque esta Comissão tendo urgência em resolver alguns casos de localisação, como acima ficou dito, julgou adiável essa providencia, que com as operações de campo indispensáveis viria retardar o presente pedido de authorisação.

Nessas condições aguardamos a resolução dessa Directoria salientando ainda conveniência de ser autorisado esse trabalho que virá contribuir grandemente para se normalisar alguns serviços desta comissão.

Saúde e Fraternidade.

Ass. Chefe da Comissão (sem grifos no original)

Feitas essas colocações iniciais, impende historiar o andamento do processo administrativo e as alegadas contradições e inconsistências que fundamentam o pedido deduzido na petição inicial, com a ressalva que o procedimento administrativo anexado no evento 366 é iniciado a partir do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto elaborado em 04/11/2009 pela antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Meli (ev. 366, PROCADM2, pág. 01). No entanto, houve outros atos relevantes no curso do procedimento e cujas peças foram juntadas pelos autores e pelo Estado do Rio Grande do Sul (ev. 71).

No curso do procedimento administrativo foram elaborados três Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação da denominada Terra Indígena de Mato Preto, um em 2005, outro em 2007 e, finalmente, outro em 2009, que foi, finalmente, acolhido pela FUNAI e Ministério da Justiça e embasou a expedição da Portaria Declaratória nº 2.222/2012.

Conforme bem retratado no Parecer nº 52/CGID/2008 da Diretoria de Assuntos Fundiários da FUNAI (ev. 366, PROCADM9, pág. 16 a PROCADM11, pág. 03) a pretensão inicial quanto à demarcação da referida terra indígena abrangia justamente os 223,835 hectares correspondentes ao “Polígono

B” da área dentro da Floresta de Mato Preto que foi discriminada, nos termos acima expostos.

O primeiro relatório está datado de junho de 2005 e foi elaborado pela antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Melo propondo a demarcação de uma área de 4.019 hectares (ev. 71, RELT10 a RELT12) e foi rejeitado pelo antropólogo Hernani Antunes Buciolotti, Coordenador de Análise e Delimitação do CGID, com base nos seguintes fundamentos (ev. 366, PROCADM9, pág. 20):

“O relatório analisado conclui pela tradicionalidade da ocupação indígena com base em afirmações de caráter genérico. Os dados mais relevantes referem-se ao modo de vida Guarani de forma ampla ou à história regional sem foco específico na terra indígena estudada. A ausência de dados dificulta não apenas a identificação da área segundo os quesitos requeridos pela legislação em vigor, com a defesa dos limites propostos na delimitação. Os argumentos também não foram localizados no relatório ambiental, embora possamos dizer que a antropóloga e a ambientalista apresentaram bons textos. Assim apesar dos esforços das duas profissionais, a CGID não tem condições de dar sequência ao procedimento tal como defendido nos relatórios de identificação e delimitação ambiental, em razão da falta de dados consistentes com a proposta encaminhada”.

Na sequência, é elaborado novo Relatório em 2007, desta vez pela antropóloga Juracilda Veiga, propondo a delimitação e demarcação de uma área de 657 hectares (ev. 366, PROCADM10, pág. 03).

Finalmente, com a troca de chefia da CGID é adotado o relatório da antropóloga Flávia Cristina de Melo finalizado em 2009, conforme se extrai da leitura do Parecer n° 52/CGID/2008 acima referido, relatório este que é praticamente idêntico àquele inicialmente apresentado em 2005, apenas com pequenas alterações e adaptações.

O Parecer n° 257/2011/CEP/CGLEG/CONJUR/MJ (ev. 366, PROCADM11, pág. 03/21) solicitou a *“realização de diligência a ser cumprida pela FUNAI para se manifestar quanto ao requisito permanência do Grupo Indígena Guarani nos municípios de Erebango, Erechim e Getúlio Vargas, Estado do Rio Grande do Sul, na área com superfície de 4.230 hectares, uma vez que foi demonstrado o renitente-esbulho por parte de não-índios apenas em relação à área de 223,83 hectares, demarcada pelo Estado do Rio Grande do Sul em 1929, e em relação a qual se pleiteia ampliação e revisão dos limites territoriais.”*

Informação Técnica n° 06/CGID/2012 (ev. 366, PROCADM12) no sentido de que o esbulho renitente de 223,83 hectares foi o último ato de uma cadeia de medidas tendentes à expulsão dos indígenas em seu território, desde o início do século XX.

Nota nº 010/2012/CAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU (ev. 366, PROCADM12, pág. 14 a PROCADM13, pág. 04) com parecer favorável à publicação da respectiva Portaria Declaratória, seguindo-se, na sequência, a respectiva publicação.

Historiado brevemente o andamento do processo administrativo, cabe desfazer, desde logo, manifesto equívoco perpetrado no processo administrativo demarcatório quanto à localização da Terra Indígena de Mato Preto (que fica a leste da Terra Indígena de Ventarra) e que, em muitos momentos, foi tratada como se fosse o antigo “Toldo Erechim”, demarcado em 1911 pelo Estado do Rio Grande do Sul, fundamento adotado, em muitos momentos, para justificar a presença dos índios guaranis na região desde tempos imemoriais.

De fato, a Terra Indígena Ventarra dos índios Kaingang (antigo “Toldo Ventarra”) – que fica a oeste (praticamente defronte) do atual acampamento de Mato Preto dos índios guaranis – foi demarcado em 1911 pelo Estado do Rio Grande do Sul, juntamente com o “Toldo Erechim”. No relatório elaborado em 2005, a antropóloga Flávia Cristina de Melo escreve (ev. 71, RELT10, pág. 22):

*“(…) Há registros documentais que comprovam esta ocupação pregressa: esta terra indígena havia sido reconhecida juridicamente como tal no início do século XX. Entretanto, a demarcação não garantiu a posse da terra aos indígenas. Nas três primeiras décadas do mesmo século, as famílias Guarani que habitavam tal área foram perdendo paulatinamente porções de terras devido à grilagem e à instalação de projetos de colonização promovido pelo governo estadual. Em 1911, a área foi demarcada como Terra Indígena ou ‘Toldo’ (conforme denominação regional na época) pela Directoria de Terras e Colonização, órgão do governo estadual. Neste período começa o processo de instalação dos imigrantes para a fundação da ‘Colônia Erechim’. Em 1929, a terra indígena sofreu outra redução em suas dimensões, quando o governo estadual, através da Directoria de Agricultura, **promoveu a demarcação de novos lotes para colonização, ficando a população confinada à ‘área reservada para os índios Guarani’, medindo 223,83 hectares, dentro da recém criada ‘Floresta de Matto Preto’, demarcada sobre o antigo ‘Toldo Erechim’, com área de 1.014,20 hectares**”.* (sem grifos no original)

Muito embora tal referência não tenha sido repetida no Relatório de 2009, provavelmente diante da constatação pela própria antropóloga do equívoco da informação antes registrada, a equivocada referência continuou a perpetuar equívocos de outros órgãos e agentes envolvidos no procedimento administrativo de demarcação, como, por exemplo, no parecer da Consultoria Jurídica da

Advocacia Geral da União junto ao Ministério da Justiça (ev. 366, PROCADM11, pág. 16/17):

“(...) Conforme consta do Relatório Antropológico Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto e no Parecer da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação – CGID/FUNAI, n. 7, de 2009, em 1911 a Terra Indígena Guarani foi demarcada pela Directoria de Terras e Colonização, órgão do governo do estado do Rio Grande do Sul, não se sabendo ao certo o perímetro da área. Em 1929, o governo estadual, através da Directoria de Agricultura, promoveu a demarcação de novos lotes para colonização, ficando a população indígena confinada à área de 223,83 hectares, dentro da recém criada “Floresta de Matto Preto”, demarcada sobre o antigo “Toldo Erechim” com área de 1.014,20 hectares. O grupo indígena Guarani habitou o perímetro de 223,83 hectares até 1930, ano em que foi removido e transportado pelo estado do Rio Grande do Sul para a Terra Indígena Kaingang, o que explica a rivalidade entre as duas tribos até os dias atuais. Alguns poucos indígenas ainda permaneceram na área demarcada em 1929 até o final da década de 40, quando partiram definitivamente, dispersando-se em outras aldeias Guarani. Em 2003, gradativamente começaram a retornar para Mato Preto, a fim de reivindicar a ampliação e a revisão dos limites territoriais de 223,83 hectares definidos em 1929, em razão do esbulho que sofreram nas décadas de 30 e 40.

Analizando toda a documentação técnica acostada aos autos, especialmente o Relatório Final Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto, assinado pela antropóloga Flávia Cristina de Melo, e os pareceres da Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação – CGID/FUNAI, verifica-se que está configurada a tradicionalidade necessária à delimitação e demarcação da referida terra, segundo os critérios antropológicos.

Todavia, quanto ao requisito permanência, há divergência entre as informações técnica, uma vez que foi demonstrado o esbulho por parte de não-índios de uma área de apenas 223,83 hectares, enquanto se propõe a delimitação e demarcação de uma área de 4.230 hectares, perímetro maior do que toda a “Floresta de Matto Preto”, demarcada sobre o antigo “Toldo Erechim” com área de 1.014,20 hectares em 1929”. (texto sem negrito no original, demais grifos conforme o original).

De se observar que a colonização da região de Erechim (aí incluída a região de Mato Preto) teve início em 1908 quando foi criada a “Colônia

Erechim” e, em mapa de 1910 da planta da “Colônia Erechim” elaborada no mesmo ano de 1910 e juntada pelos autores (ev. 58, OUT5, pág. 09/12), é possível observar a área reservada para a Floresta Protetora de Matto Preto que depois, em 1928, seria discriminada e parte da área destinada aos índios guaranis. Na referida planta de 1910 é possível observar que já existia a referência ao “Toldo Ventarra” dos índios Kaingang ("coroados"), mas nenhuma referência à presença de índios guaranis.

No próprio do Relatório de 2009 da antropóloga Flávia Cristina de Melo consta o mapa referente à Planta de Criação da Floresta de Mato Preto, **elaborada no ano de 1929** (posterior à suposta criação do “Toldo Erechim” em 1911 no local onde hoje se encontra o acampamento de Mato Preto), é possível observar que há a descrição dos Polígonos “A”, “B” e “C” (o polígono “B” era destinado aos índios guaranis) e ao Toldo Ventarra (a oeste do Polígono “B”) e nenhuma referência ao “Toldo Erechim” que supostamente teria sido demarcado no local em 1911 (ev. 366, PROCADM4, pág. 18).

A confirmação de que a “Floresta Matto Preto” não foi demarcada sobre o antigo “Toldo Erechim” também pode ser extraída dos mapas juntados pelos autores no estudo histórico que acompanha a petição inicial (Ev. 58, OUT4, pág. 38 e seguintes), onde se observa claramente que no mapa dos “Toldos” existentes em 1921 consta o “Toldo Ventarra” e nenhum toldo a leste de Ventarra.

Ainda, em mapa elaborado em 1916 sobre a Situação dos Toldos existentes no estado do Rio Grande do Sul (ev. 58, OUT4, pág. 31), observa-se, mais uma vez, que a leste (em frente) do “Toldo Ventarra”, do outro lado da linha férrea Santa-Maria/Marcelino Ramos (perfeitamente identificada no mapa), **não consta o “Toldo Erechim”, já que este estava situado a noroeste do “Toldo Ventarra”, nas proximidades do “Toldo Voutouro” e do “Toldo de Nonohay”.**

Para arrematar, de se registrar que a antropóloga Rita Heloísa de Almeida, faz constar em seu Parecer n° 52 CGID/2008 (ev. 366, PROCADM10, p. 06/07): *“De todo modo Juracilda Veiga considera justa a reivindicação dos Kaingang de Ventarra de ampliação de suas terras tendo em vista os acontecimentos relativos à demarcação dos “toldos” destinados a índios Coroados, **em especial o de Erechim a noroeste da atual terra indígena Ventarra, em sentido oposto às terras ocupadas pelos Guarani de Mato Preto**”.*

Então, para fins de prosseguimento da análise, deve ficar assentado, de modo incontestado, que a “Floresta de Matto Preto” (e da qual foi destinada o polígono “B” aos índios guaranis” em 1929) não foi demarcada sobre o antigo “Toldo Erechim” demarcado em 1911 pelo Estado do Rio Grande do Sul, já que este (o “Toldo Erechim”) ficava a noroeste do “Toldo Ventarra”, próximo ao “Toldo Voutouro”, sendo absolutamente equivocada qualquer assertiva no sentido de que ainda em 1911 o Estado teria demarcado na região onde hoje se

situação a localidade de Mato Preto uma reserva (ou “Toldo”, conforme denominação da época) aos índios guaranis (o “Toldo Erechim”), o que formalmente somente aconteceu em 1929, como antes referido.

Nessa linha de raciocínio, sem descuidar da característica da mobilidade e circularidade dos índios guaranis referida nos laudos antropológicos da FUNAI, é bastante questionável a assertiva de que os índios guaranis estivessem *especificamente na região de Mato Preto* antes de 1911, já que neste ano foi demarcado pelo Estado do Rio Grande do Sul o “Toldo Ventarra” dos índios coroados (Kaingang) e não foi criado nenhum Toldo para os índios guaranis, sendo de relevo registrar que a região de Mato Preto fica a leste e defronte à Terra Indígena Ventarra (praticamente cortada à época apenas pela linha férrea e hoje também pela rodovia RS 135).

Não há qualquer motivo para que tivesse sido demarcado o Toldo dos índios Kaingang (“Toldo Ventarra”) e, os índios guaranis, defronte (se de fato aí habitavam), tivessem sido simplesmente esquecidos, muito embora incontestemente que os índios guaranis habitassem na época a região hoje conhecida como “Alto Uruguai” gaúcho, como adiante será visto.

Assim, embora habitantes da região do Alto Uruguai gaúcho, afigura-se mais plausível que os índios guaranis tenham fixado *habitat* especificamente na região de Mato Preto por volta da década de 1920, conforme dá conta a documentação histórica do Estado do Rio Grande do Sul arquivada e trazida aos autos e a própria memória oral dos indígenas, como adiante se explicita.

Nesse sentido, repiso os termos de ofício datado de 30 de junho de 1928 do encarregado do “Toldo Ventarra” (dos índios Kaingang) ao Chefe da Comissão de Terras de Boa Vista - antiga denominação da cidade de Erechim - (ev. 58, OUT58, pág. 25/28):

Toldo Ventarra, 30 de Junho de 1928

M. D. Chefe da Comissão de Terras – Boa Vista

*Levo ao vosso conhecimento que percorri a Floresta do Matto Preto, de acordo com as vossas instruções e tenho a informar o seguinte: os intrusos quase em geral conservam-se rebeldes infringindo as instruções do Serviço Florestal, avançando cada dia mais nos terrenos do Estado roçando e fazendo plantações de trigo, preparando outras terras e dizem que não obedecem embargos feitos por funcionários dessa comissão continuando assim sua tereffas. **Na zona futura para os Índios Guaranyes onde elles já estão collocados**, os intrusos naos os deixam plantar e vivem encomodando-os para se retirarem, querendo desmoralisar o Encarregado do Toldo e prometendo aos Índios castigo se*

avançarem com suas terras de cultura que dizem não terem direito. Sendo que o Serviço Florestal e principalmente o Serviço de proteção aos Índios está sendo prejudicado pelos intrusos peço a V.S. queira providenciar.

Saudações cordeaes.

Ass. Theobaldo Marengo, Encarregado do Toldo”

Convém registrar que essa ausência de elementos concretos (ao menos anteriormente à década de 1920) relacionados ***especificamente com a região de Mato Preto*** já fora objeto de observação dentro da própria FUNAI pelo antropólogo Hernani Antunes Buciolotti, Coordenador de Análise e Delimitação do CGID, ao apresentar parecer desfavorável à aprovação do Relatório apresentado em 2005 pela antropóloga Flávia Cristina de Melo (ev. 366, PROCADM9, pág. 20), sob o fundamento de que ***“O relatório analisado conclui pela tradicionalidade da ocupação indígena com base em afirmações de caráter genérico. Os dados mais relevantes referem-se ao modo de vida Guarani de forma ampla ou à história regional sem foco específico na terra indígena estudada”***. (sem grifos no original).

Há mais, porém.

No Relatório apresentado em 2009 pela antropóloga Flávia Cristina de Mello há o registro, com base na memória oral do grupo indígena descendente dos antigos indígenas moradores de Mato Preto (especificamente de Luis Natalício), de que João Natalício (pai de Luis Natalício e irmão do “velho” cacique Karai Natalício), chegou a “até falar com o governador” em Porto Alegre. Transcrevo o excerto por relevante (ev. 366, PROCADM3, pág. 08):

(...) Luis resumiu em português algumas passagens a respeito de Mato Preto que foram narradas por seu pai, lembradas por sua mãe e por ele e sua irmã:

“Como meu finado pai comentou, essa terra era muito importante... E a mãe que lembra bem de lá, eles falam que essa terra é muito importante para nós. O pai batalhou muito por aquela terra, foi até falar com o governador. (...) Ele ia de vez, andava pra lá quando era novo, e voltava dizendo que os brancos estavam dando fim em tudo. Desde que o tio morreu, o pai não teve mais gosto de passar pra lá. Eles queriam voltar... Nós morava lá em Cacique e o velho Eduardo chamava, “vamos lá olhar” e o pai “não”. (...) Agora, se fosse para voltar, ele queria voltar! (...) E diz que ta no documento, no nome do tio, do pai, aquela terra, e esse documento tá afirmando que é nome dos índios mesmo essa terra. Até o Eduardo mesmo, lá de Cacique Doble se lembra dessa

história. Eles foram tudo para Porto Alegre, falaram tudo, e lutaram” (...)

Luis Natalício, Salto do Jacuí, setembro de 2004)

No já referido Relatório da antropóloga Flávia Cristina de Melo datado do ano de 2005 há referência à visita “dos antigos Natalício” a Porto Alegre no início do século XX, visita esta documentada em foto (Foto 13 – Os antigos Natalícios) e que o “velho Natalício” seria o do centro, sentado e segurando a bengala e chapéu, e que João Natalício (marido de Quirina e pai de Luis Natalício), é o primeiro da direita, em pé (ev. 71, RELT11, pág. 18/19). A foto, supostamente, teria sido tirada em 1908, em conhecida viagem de vários caciques “coroados” (Kaingang) ao então Presidente da Província (de se observar que os indígenas de Mato Preto são guaranis), o que desencadeou como efeito a demarcação dos “Toldos” a partir de 1911 pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Deve ser observado, porém, que a antropóloga Rita Heloísa de Almeida, no já mencionado Parecer nº 52 CGID/2008, relata que a antropóloga Juracilda Veiga havia questionado em seu relatório “*a falta de explicação adequada sobre o contexto histórico de uma fotografia antiga guardada por uma das famílias indígenas*” constante do Relatório elaborado em 2005 pela antropóloga Flávia Cristina de Melo (ev. 366, PROCADM10, pág. 05):

Por sua vez, inserido no corpo do Estudo denominado “A questão territorial Mato Preto nos municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim/RS” juntado pelos autores no evento 58, **a mesma foto é atribuída aos índios guaranis do Toldo do Lagoão, próximo de Sobradinho, na Serrinha, município de Soledade**, uma vez que constante na obra intitulada “Assumptos do Rio Grande do Sul”, do autor João Cezimbra Jacques, **publicada no ano de 1912** (ev. 58, OUT10, pág. 17).

Como antes referido, os indígenas descendentes daqueles que habitaram Mato Preto atribuem a referida foto (ev. 71, RELT11, pág. 19, foto 13) aos seus ascendentes em visita que fizeram ao governador do Estado em Porto Alegre e, nesse sentido, registra-se que não há porque desacreditar os fatos narrados através da memória oral dos indígenas e cujas informações foram coletadas por antropólogos no bojo dos autos do processo administrativo a esse respeito. No entanto, conforme demonstra a foto extraída da obra de João Cezimbra Jacques (ev. 58, OUT10, pág. 17), **em 1912 era atribuída aos referidos indígenas como sendo originários do Toldo de Lagoão (município de Soledade), e não de Mato Preto ou qualquer referência geográfica que pudesse remeter ao local onde hoje se situa a região de Mato Preto**. Não há motivos, igualmente, para desacreditar a informação constante da obra publicada em 1912, informação sobre a qual houve silêncio absoluto (intencional ou não) nos autos por parte da União, FUNAI e MPF.

Por sua vez, oportuno transcrever ofícios expedidos pela Comissão de Terras e Colonização de Erechim (à época denominada Villa de Boa Vista, Boa-Vista, Boa Vista do Erechim, etc.) **nos anos que precederam “a instalação dos índios guaranis no Polígono B” da Floresta de Mato Preto** a evidenciar, mais uma vez, que não se tratavam de índios habitando especificamente a região de Mato Preto:

Ofício de 22 de outubro de 1918 (ev. 58, OUT29, pág. 02/03):

Boá-Vista 22 outubro 8

Cidadão Engenheiro Carlos Torres Gonçalves

M. D. Director da Directoria de Terras e Colonização

PORTO ALEGRE

Comunico-vos que fui procurado por um grupo de índios, dirigidos pelo Cacique Severino, os quaes se dizem ser “Guaranys” e se acham localizados com suas famílias (cerca de 40 almas) a margem do Lageado Liso, neste Municipio, e me pediram lhes mandasse fornecer roupas e principalmente ferramentas que necessitavam para trabalhar em suas lavouras de milho e batatas, que já estão feitas, mas que não podem limpar devido à falta de instrumentos.

Ora, como a verba “Proteção aos Índios” se acha exgottada, e mesmo ultrapassada, avisei-lhes que necessitava consultar-vos relativamente ao assunto.

Retiraram-se, dizendo que, si não vier resposta favoravel, pretendem ir a Porto Alegre fallar ao Snr. Dr. Presidente do Estado, pois, ha quatro annos que só vêm obtendo promessas, ao passo que os “Coroados” têm sido contemplados.

Perguntando-lhes porque não se uniam aos toldos protegidos responderam que isso absolutamente não fariam, pois, compunham-se de índios pertencentes a tribu differente da sua.

Assim, peço me mandeis instrucções referentes ao caso.

Ass. Chefe da Comissão

Relatório do 3º Trimestre de 1919 – Comissão de Terras e Colonização de Erechim (ev. 58,OUT27, pág. 04):

PROTECCAO AOS INDIGENAS

Os índios guaranys que formavam o pequeno toldo do Lageado Liso abandonaram mandando apenas dizer-nos que aquela terras já lhes não serviam; ignoramos ainda o destino que tomaram.

02/03): Ofício expedido em 27 de abril de 1921 (ev. 58, OUT30, pág.

120 – Villa Boa Vista – 27 de Abril 21

Ao Cidadão Eng^o Carlos Torres Gonçalves

M. D. Director da Directoria de Terras e Colonisação

Porto Alegre.

Acha-se actualmente em vias de organização mais um toldo de índios, nesta Colônia, que se achavam localizados em 12 colônias reservadas para tal fim, na costa do Lageado do Laço.

A sua população é de 100 índios pouco mais ou menos, entrando nesta conta os últimos 22, que ainda se achavam na Soledade, no antigo Toldo do Lagoão, que abandonaram.

Estes índios são da tribo Guarany, nome porque estamos designando este novo aldeamento de índios, até posterior denominação por parte desta Directoria.

Já nomeei um encarregado para delle cuidar, o qual em breve transferirá sua família para lá.

Estou ainda providenciando na aquisição de ferramentas e roupas para os mesmos, que se achavam em completo abandono e na maior miseria.

Havendo actualmente na zona de Erechim três toldos, e na de Lagoa Vermelha, apenas um, pois Caseros extinguiu-se, conforme comunicação que tivera antes mesmo da extinsão daquella Comissão, consulto-vos si posso applicar a verba dos índios destinada aquella ex-Comissão, que é maior do que nossa, nos diversos serviços, especialmente, na organização de mais esse Toldo.

Aproveito a oportunidade para consultar essa directoria si posso conceder passagens para três índios, até Ponta Grossa, onde querem ir buscar as suas famílias, que se acham localizadas algumas léguas daquela cidade.

Ofício n^o 135, de 11 de maio de 1921 (ev. 58, OUT30, pág. 05/06):

Vila Boa Vista 11 Maio 21

Ao Cidadão Engenheiro Carlos Torres Gonçalves

M.D. Director da Directoria de Terras e Colonisação

Porto Alegre

Em additamento ao nosso officio n° 120 de 27 de Abril ultimo, sobre a organização do Toldo Guarany, algo temos a acrescentar.

Estes indios logo que aqui chegaram se estabeleceram na costa do Lageado Lizo, entretanto com o avanço da colonisação, se sentiram apertados e mudaram-se para o local ora onde se acham, no Lageado do Laço, em 10 colônias, para tal reservada pelo ex-Chefe da Comissão.

Na nova localisação, entretanto, não se sentem os indios bem, ao nosso ver com justa razão; queixam-se elles da falta da herva matte, que só muitas léguas longe se encontra, no Faxinal do Votouro. Além disso a área reservada é reduzidíssima, não chegando a 3.000.000 metros quadrados, já apertada com o avanço da colonisação, especialmente cercada do elemento italiano, com que não sympathisam.

Informou-nos o encarregado do Toldo, que dois indios da tribu, vindos de Santa Catharina ou Paraná, cujos sertões atravessaram a pé durante dois mezes, acompanhados apenas de seus arcos e flechas, em procura de seus irmãos, lhe affirmara ter encontrado em plena matta virgem, um grande herval com campinas e pinhal, desejando então os indios para lá se mudarem. Determinamos que o encarregado, acompanhado do Guarda Florestal Arlindo Oliveira e dos dois indios se internem na matta, onde terão de ir a pé, afim de explorarem a região indicada, ministrando-na as informações que transmittirei.

Caso se verifique a exactidão daquela informação, pensamos seria conveniente fazer-se mudança, demarcando-se uma nova area, talvez de uns 15 a 20 milhões de metros quadrados, conforme ulterior deliberação vossa, pois assim estariam os índios mais a vontade, longe de seu maior inimigo o álcool, e onde poderíamos melhor encaminha-los com prudentes conselhos e seus maus elementos que sempre os há na civilisação occidental.

Temos notado serem estes indios de índole muito mais meiga que os Coroados, habitantes dos demais toldos da colônia, especialmente os do “Fachinal” e “Ligeiro” pertencentes a ex-Comissão de Lagoa Vermelha, que conhecemos bem. Não são tão exigentes nos seus pedidos e nunca vêm a sede, sem trazerem presentes, geralmente constantes de arcos, flechas, amendoim e papagaios, nada pedindo em troca de suas dadas, ao contrario dos coroados, que logo depois de terem entregue seus presentes (com grifo no original), pedem dinheiro em pagamento.

Das muitas vezes que têm vindo a Villa, nem uma unica pediram dinheiro, obdecendo sem objeções insinuações e conselhos.

Desejaríamos immenso, contribuindo modestamente para esta grande obra e proteção ao indigena brasileiro, organizar um toldo, que podesse e qualquer tempo fazer honra ao progresso do nosso Estado; para tal estamos certos, contaremos sempre com a melhor boa vontade e auxílio da vossa parte.

Estamos providenciando para colher dados exactos sobre a sua vida e origens, afim de os transcrevel-se no próximo relatório.

Saúde e Fraternidade

Ass: Chefe da Comissão

Ofício nº 234, de 17 de maio de 1921, da Directoria de Terras e Colonização ao Chefe da Comissão de Terras e Colonização de Erechim (ev. 58, OUT38, pág. 02):

Porto Alegre, 17 de Maio de 1921

Ao Cidadão Engenheiro Chefe da Commissão de Terras e Colonisação de

Erechim

*Manifestando-vos o meu accordo com as ponderações e instruções do vosso officio nº 135 de 11 do corrente, **com relação à organização de um novo toldo de Índios Guaranys na área dessa Comissão**, quero também exprimir-vos a minha satisfação e reconhecimento pelo zelo esclarecido que no mesmo manifestaes, em favor dos nossos incompreendidos e menos presados selvícolas.*

Trata-se não só de uma obra de humanidade e reparação, mas sobretudo de verdadeiro civismo.

Saúde e Fraternidade

Ass. - Director

Isso comprova, de modo suficiente, aquilo que já vinha sendo referido por diversas vezes quanto à ausência de elementos concretos quanto à ocupação indígena **guarianespecificamente em relação à região de Mato Preto antes da década de 1920**, cabendo mais uma vez referir que os documentos oficiais referiram que os guaranis foram alocados na Floresta de Mato Preto na década de 1920, como acima referido.

É possível observar que os movimentos dos índios guaranis de Lagoão, para o Lageado Liso, depois Lageado Laço, e por último para Mato Preto e daí para o Votouro foram fartamente documentados pelos órgãos do Estado do Rio Grande do Sul, em especial pela Diretoria de Terras e Colonização em Porto Alegre e pela Comissão de Terras e Colonização de Erechim, mas não há qualquer registro quanto à eventual presença dos índios guaranis na região onde hoje se situa a localidade de Mato Preto, malgrado igualmente fartamente documentada desde o projeto de colonização da “Colônia Erechim” em 1908 a questão atinente ao “Toldo Ventarra” dos índios "coroados" (Kaingang) praticamente no mesmo contexto geográfico, que inclusive ganhou anos depois um encarregado pelo Toldo (o Sr. Theobaldo Marengo).

Não é possível compreender qualquer razão para que a alegada presença guarani na região de Mato Preto tenha sido ignorada de tal forma pelos órgãos do Estado do Rio Grande do Sul por tantos anos até a década de 1920, muito embora fartamente documentada as migrações de Lagoão para o Lageado Liso e Lageado Laço, e por fim inclusive e efetivamente para a região de Mato Preto.

A propósito, de se observar que no Relatório da Comissão de Terras de Erechim, referente ao 1º trimestre de 1919, consta a existência de intrusos/posseiros no interior da Floresta de Mato Preto, num total de 17 moradores, mas nenhuma referência à presença de índios guaranis (ev. 58, OUT26, pág. 04).

Por fim e não menos importante, a própria memória oral dos indígenas que viveram em Mato Preto e registrada no processo administrativo pelos antropólogos da FUNAI, com a margem de erro própria desta espécie de registro considerando o tempo decorrido (que remonta à infância dos depoentes já anciões), também parece confirmar as assertivas de que os índios guaranis, dentro da característica de mobilidade e circularidade que lhes é própria, instalaram-se na região de Mato Preto apenas na década de 1920, com vários depoimentos no sentido de que “foram morar” em Mato Preto, o que evidencia, obviamente, a migração de algum outro local, e não habitat milenar na mesma área (o que é mesmo contraditório com a característica da mobilidade e circularidade), como sugere o laudo antropológico da FUNAI.

Confira-se:

- João Maria Werá Mariano, com 91 anos em 2004 (casou com Alicia Natalício, filha do cacique da época Karai Natalício): *“Eu vim até aqui (para Mato Preto) com o velho pai e a mãe, veio tudo para cá. Moramos aqui desde que eu era piázone, do tamanho desse aqui [ele aponta um menino de cerca de 8 anos]. Daí me criei (...) e casei com Dona Alicia. (...) Aqui moravam os irmãos do pai. Moravam lá pra baixo, que eu andei (aponta em direção sul). Mas agora tá tudo limpo. Era puro mato isso aqui, tinha uma*

sanga. Era muita pi lazada, agora já morreu tudo” (...).(ev. 366, PROCADM3, pág. 01/02):

- Quirina Natalício (viúva de João Natalício, irmão do cacique Karai Natalício), com aproximadamente 98 anos de idade em 2004: *“Nascida na TI Guarita, ela foi morar em Mato Preto muito jovem, quando casou-se com João Natalício, irmão mais novo do “velho Natalício”, ou Karai Natalício, cacique da aldeia por muitos anos.” (...)* (ev. 366, PROCADM3, pág. 08).

Embora as referências até aqui efetuadas acerca das deficiências e contradições do laudo antropológico elaborado pela antropóloga Flávia Cristina de Melo quanto à ocupação guarani especificamente na região de Mato Preto antes da década de 1920, conforme elementos acima referidos, ***este fato não é decisivo para a sorte da demanda.***

Isso porque, conforme também já exposto anteriormente, é incontrovertido que os índios guaranis habitaram a região de Mato Preto desde a década de 1920 (em data que não é possível precisar pela documentação histórica carregada aos autos) até pelo menos meados do ano de 1930 quando foram desalojados do local e provavelmente levados para a região do Votouro, tanto que lhes foi destinado formalmente pelo Estado do Rio Grande do Sul uma área de 223,83 hectares dentro do Polígono “B” quando da discriminação da Floresta de Mato Preto em 1928, conforme igualmente acima demonstrado.

Essa ocupação guarani na região de Mato Preto na década de 1920 até pelo menos meados do ano de 1930, pelos elementos etnohistóricos e etnográficos evidenciados no laudo antropológico elaborado pela FUNAI – sem omissões, contradições ou inconsistências nesse aspecto – **caracteriza, na ótica do juízo, ocupação tradicional**, dada a existência anímica e psíquica de pertencimento às terras então ocupadas pelos indígenas, e dentro das características de mobilidade e circularidade que são próprias aos guaranis (conforme consta do laudo antropológico) e por ter sido esta a última “área própria” (não dividida com os kaingang no Votouro ou em Cacique Doble) que ocuparam revela, ao natural, a relação de pertencimento dos indígenas com a terra que hoje reivindicam.

No entanto, **é também incontrovertido que os índios guaranis foram desalojados de Mato Preto ainda no ano de 1930** (ev. 58, OUT35, pág. 05):

Ofício nº 29 – Boa Vista do Erechim 14 de Fevereiro de 1930

Cid. Eng. Director de Agricultura, Industria e Comércio

Porto Alegre

Tendo esta comissão conseguido remover os índios guaranys que occupavam uma porção de terras junto a Secção Matto Preto, para as terras do Toldo Votouro, vimos por este solicitar dessa Directoria a necessária autorisação para proceder a divisão das ditas terras em lotes coloniaes, com o fim principal de localisar intrusos que se acham em lotes concedidos a outros, como há mais de um caso na mesma Secção Matto Preto, e também para tentar desafogar a intrusão existente na floresta Giaretta.

Essas terras são de regular qualidade, mas os mattos estão muito devastados pelos índios. O projecto de divisão constante da planta que enviamos junto, prevê o número de 11 lotes, com a area total de 2.238.350 metros quadrados; nelle não está prevista a viação, (que aliás facilmente pode ser attendida) porque esta Comissão tendo urgência em resolver alguns casos de localisação, como acima ficou dito, julgou adiável essa providencia, que com as operações de campo indispensáveis viria retardar o presente pedido de authorisação.

Nessas condições aguardamos a resolução dessa Directoria salientando ainda conveniência de ser autorizado esse trabalho que virá contribuir grandemente para se normalisar alguns serviços desta comissão.

Saúde e Fraternidade.

Ass. Chefe da Comissão (sem grifos no original)

As circunstâncias da referida desocupação dos índios guaranis de Mato Preto em 1930 não estão bem esclarecidas pela documentação oficial, mas é possível inferir que tal deu-se em razão das perturbações que sofriam os indígenas por parte dos não-índios e para resolver o problema da intrusão de posseiros não só no Polígono “B” então ocupados pelos índios guaranis como também nos outros dois polígonos, conforme relatado pelo administrador do “Toldo Ventarra” (dos índios Kaingang) ao Chefe da Comissão de Terras de Boa Vista (então denominação de Erechim) em 30/06/1928 (ev. 58, OUT58, pág. 25/28):

“Toldo Ventarra, 30 de Junho de 1928

M. D. Chefe da Comissão de Terras – Boa Vista

Levo ao vosso conhecimento que percorri a Floresta do Matto Preto, de acordo com as vossas instruções e tenho a informar o seguinte: os intrusos quase em geral conservam-se rebeldes infringindo as instruções do Serviço Florestal, avançando cada dia mais nos terrenos do Estado roçando e fazendo plantações de trigo, preparando outras terras e dizem que não obedecem embargos feitos por funcionários dessa comissão continuando assim sua tereffas. Na zona futura para os Índios Guaranys onde elles já estão collocados, os intrusos naos os deixam plantar e

vivem encomodando-os para se retirarem, querendo desmoralizar o Encarregado do Toldo e prometendo aos Índios castigo se avançarem com suas terras de cultura que dizem não terem direito. Sendo que o Serviço Florestal e principalmente o Serviço de proteção aos Índios está sendo prejudicado pelos intrusos peço a V.S. queira providenciar.

Saudações cordeaes.

Ass. Theobaldo Marengo, Encarregado do Toldo”

Por sua vez, no processo administrativo demarcatório há informações esparsas de que após a desocupação ocorrida em 1930 a presença dos índios guaranis na região de Mato Preto teria perdurado até a década de 1960. Não há, porém, evidências concretas nesse sentido, e tal informação mesmo sequer consta do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação elaborado em 2009 – e que serviu de base para a expedição da Portaria Declaratória – pela antropóloga Flávia Cristina de Melo, documento oficial que deve ser tomado como base para ilações e conclusões nesse sentido.

Há, apenas, relatos com base na memória oral do grupo étnico indígena de que nem todos teriam seguido para o Toldo Votouro quando da remoção efetuada pelos órgãos oficiais do Estado em 1930 (Comissão de Terras e Colonização do Estado do Rio Grande do Sul), já que alguns indígenas, em especial a família do cacique Karai Natalício e sua esposa Licanda Mariano, alguns de seus filhos e sobrinhos, fugiram e permaneceram na mata até o falecimento dos velhos alguns anos depois (ev. 366, PROCADM3, pág. 01 e pág. 08). Quirina Natalício relatou ao grupo técnico da FUNAI que, juntamente com o esposo João Natalício, quando da desocupação, *fugiram pelo mato e dias depois chegaram na aldeia de Cacique Doble onde moravam parentes.*

De qualquer sorte, esta circunstância quanto à ocupação da área pelos indígenas guarani por alguns anos após a desocupação oficial em 1930 não se revela essencial à resolução da demanda, uma vez que, conforme anteriormente já referido, deve ser observado o marco temporal da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) conforme o precedente do STF (Pet. 3.388/RR), o que é incontroverso que não existia à época já que o acampamento de retomada foi erigido apenas no ano de 2003 após muitas décadas da desocupação, independentemente desta ter ocorrido de modo completo em 1930 ou de modo paulatino alguns anos após, conforme memória oral dos indígenas.

Fixadas essas premissas e tendo em conta os parâmetros interpretativos do art. 231 da Constituição Federal firmados pelo STF no caso “Raposa Serra do Sol” resta a análise se, ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988), se faz presente a ressalva fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “A *tradicionalidade da posse*

nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios” (Pet. 3.388/RR).

2.4. Da presença de esbulho renitente por parte de não-índios

Conforme já referido por diversas vezes ao longo desta sentença, a tradicionalidade da posse indígena não se perde onde, ao tempo da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988), a reocupação apenas não decorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

A esse respeito, embora este juízo tenha reconhecido a ocupação tradicional indígena em época remota dos índios guaranis na região de Mato Preto, não se furtou de ao menos pontuar os eventuais equívocos e contradições do laudo antropológico, como acima se fundamentou. Apesar disso, plausível e acertada a conclusão do Ministério Público Federal em seu parecer final de que, em regra, a desconstituição da ocupação tradicional indígena somente pode se basear em perícia antropológica (ou que ao menos conte com a participação de antropólogo).

No entanto, diversa é a questão atinente ao marco temporal da ocupação tradicional e existência ou não de esbulho renitente por parte de não-índios, temas em relação aos quais, sem obviamente desconsiderar eventuais elementos relevantes constantes do laudo antropológico da FUNAI, não é matéria reservada ao ramo de conhecimento humano da antropologia, mormente porque como dito pelo próprio Ministério Público Federal em seu parecer a Portaria Declaratória e o procedimento administrativo que deu suporte a ela "*tem seu rito e mérito definidos em normas que em momento nenhum fazem referência à temporalidade da ocupação, mas exclusivamente à presença da identidade cultural do grupo com a terra tradicional*".

Assim sendo, desnecessária perícia antropológica para decidir-se acerca do marco temporal da ocupação tradicional a ser considerado para fins de demarcação das terras indígenas e quanto à existência ou não de esbulho renitente por parte de não-índios já que o próprio procedimento administrativo e demais elementos de prova carreados aos autos pelas partes contém os elementos necessários para a decisão do juízo a respeito, motivo preponderante, inclusive, da decisão que indeferiu o pedido de provas (evento 387), já que tal questão revela-se eminentemente jurídica e não fática, tanto que o egrégio Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm decidido diversas demandas sob esse enfoque na via do Mandado de Segurança que, sabidamente, não admite dilação probatória.

Feitas essas considerações, passo à análise concreta quanto ao esbulho renitente por parte de não índios na região de Mato Preto.

Nos termos da fundamentação antes desenvolvida, este juízo reconheceu que a ocupação indígena guarani na região de Mato Preto desde meados da década de 1920 (quando se tem por comprovado de modo incontestado a presença guarani especificamente na região de Mato Preto) ao menos até a desocupação ocorrida em 1930 constituiu ocupação indígena tradicional no período. **Por sua vez, a reocupação da área** no acampamento montado às margens do leito da ferrovia Santa Maria/Marcelino Ramos de propriedade da extinta RFFSA (hoje sob responsabilidade do DNIT e da ALL, esta por via de concessão) e da rodovia RS 135 **ocorreu em setembro de 2003**, conforme incontroverso e também já referido.

Resta, pois, a análise se a reocupação ao tempo da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) não se deu por conta de renitente esbulho por parte de não-índios.

Primeiramente, deve ser reconhecido que a desocupação ocorrida em 1930 configurou esbulho, ainda que por parte dos órgãos oficiais do Estado do Rio Grande do Sul, provavelmente como forma de “resolver” o problema da intrusão de posseiros na área da Floresta de Mato Preto, inclusive na área de 223,83 hectares que havia sido destinada formalmente aos indígenas guaranis em 1928, quando da discriminação da área da referida floresta protetora.

Com efeito, conforme documento oficial já citado nesta sentença, o encarregado do Toldo Ventarra escreveu ao Chefe da Comissão de Terras de Boa Vista (então denominação de Erechim) em 30 de junho de 1928 após percorrer a Floresta de Mato Preto (ev. 58, OUT58, pág. 25/28):

“Toldo Ventarra, 30 de Junho de 1928

M. D. Chefe da Comissão de Terras – Boa Vista

Levo ao vosso conhecimento que percorri a Floresta do Matto Preto, de acordo com as vossas instruções e tenho a informar o seguinte: os intrusos quase em geral conservam-se rebeldes infringindo as instruções do Serviço Florestal, avançando cada dia mais nos terrenos do Estado roçando e fazendo plantações de trigo, preparando outras terras e dizem que não obedecem embargos feitos por funcionários dessa comissão continuando assim sua tereffas. Na zona futura para os Índios Guaranys onde elles já estão collocados, os intrusos naos os deixam plantar e vivem encomodando-os para se retirarem, querendo desmoralisar o Encarregado do Toldo e prometendo aos Índios castigo se avançarem com suas terras de cultura que dizem não terem direito. Sendo que o Serviço Florestal e principalmente o Serviço de proteção aos Índios está sendo prejudicado pelos intrusos peço a V.S. queira providenciar.

Saudações cordeaes.

Ass. Theobaldo Marengo, Encarregado do Toldo”

Como pode se perceber, desde 1928 e antes mesmo da destinação formal em 1929 pelo Estado do Rio Grande do Sul da área de 223,83 hectares aos guaranis já eram registradas oficialmente as hostilidades que sofriam os índios guaranis na região por parte de não-índios, o que se encontra em perfeita consonância com os relatos dos indígenas anciões que viviam em Mato Preto na época e que foram retratadas no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação de 2009 que serviu de base para a Portaria Declaratória.

Essas hostilidades culminam em 1930 com a desocupação da área, conforme Ofício n° 29 de 14 de fevereiro de 1930 da Comissão de Terras de Boa Vista do Erechim ao Diretor de Agricultura e Comércio, ocasião em que é informado: ***“Tendo esta comissão conseguido remover os índios guaranys que ocupavam uma porção de terras junto a Secção Matto Preto, para as terras do Toldo Votouro, vimos por este solicitar dessa Directoria a necessária autorização para proceder a divisão das ditas terras em lotes coloniaes, com o fim pincipal de localisar intrusos que se acham em lotes concedidos a outros, como há mais de um caso na mesma Secção Matto Preto, e também para tentar desafogar a intrusão existente na floresta Giaretta.*** (ev. 58, OUT35, pág. 05)

Não consta do referido ofício as circunstâncias da remoção, apenas em resposta ao referido documento há o registro de que os índios teriam sido removidos para o Toldo Votouro *“sem constrangimento e com plena satisfação para elles, os índios Guaranys, que nella estavam installados”*, quando da autorização para demarcação das terras que eram ocupadas pelos índios guaranis efetuada por intermédio do Ofício 187, de 25 de março de 1930 (ev. 58, OUT58, pág. 02).

De qualquer modo, ainda que alguns indígenas possam ter sido removidos pacificamente e seduzidos pelas promessas que provavelmente possam ter sido efetuadas (vide depoimento de Turíbio Gomes, ev. 366, PROCADM3, pág. 18), resta claro, igualmente, que outros tantos sequer foram removidos, mas fugiram para a mata, tendo se refugiado tempos depois na aldeia de Cacique Doble, conforme referências da memória oral dos indígenas já efetuadas nesta sentença.

Essas circunstâncias configuram, inequivocamente, esbulho praticado por não-índios que culminaram na desocupação da área pelos indígenas.

No entanto, para fins de enquadramento na ressalva efetuada pelo STF quanto à ocupação na promulgação da Constituição Federal, não basta esbulho praticado no passado (em período anterior à promulgação da CF/88) por parte de não-índios, porque se assim fosse não seria necessário o estabelecimento

de requisitos pelo Constituinte para a demarcação de terras indígenas sem qualquer indenização aos atuais proprietários (salvo das benfeitorias aos possuidores de boa fé) uma vez que a rigor praticamente todo o território nacional era de ocupação exclusiva dos índios que, em algum momento desde o “descobrimento”, foram desalojados dos locais que habitavam.

Se a desocupação forçada, seja pelo uso da força em sentido estrito ou pelo avanço da colonização, em qualquer época anterior à promulgação da Constituição e sem qualquer exigência de “luta contemporânea” a 05/10/1988 (entendida a “luta” no sentido de efetivo conflito possessório ou reivindicação administrativa ou judicial) das comunidades indígenas pelas áreas de ocupação tradicional remota, bastaria ao Constituinte atribuir ao órgão de assistência ao índio o poder de demarcar terras indígenas conforme fosse de seu interesse em qualquer local do país que tenha havido ocupação indígena pretérita, sem a necessidade de estabelecer como requisito as terras que “tradicionalmente ocupam”.

Por essas razões, dentre outras, que o STF no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” qualificou o esbulho capaz de excepcionar a existência de efetiva ocupação em 05/10/1988 para fins de demarcação das terras indígenas como *renitente*, ou seja, aquele cuja ocupação de não-índios “*não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação de sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol*”.

Segundo o dicionário Aurélio, *renitente* é aquele “*que renite; obstinado, que não cede, que persiste em sua opinião; inflexível*”, conceito semelhante daquele constante do Dicionário online de português: “*Que tende a renitir; que é obstinado; que não desiste nem se conforma; inconformado. s.m. Indivíduo que teima; aquele que não se conforma; obstinado. (Etm. do latim: renitens.entis)*”.

Não há, porém, no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação elaborado no ano de 2009 a indicação de quaisquer elementos concretos que indiquem a persistência de disputa pela área entre os índios e não-índios em período contemporâneo à promulgação da Constituição Federal (05/10/1988), conflito que deve se materializar por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por procedimentos administrativos ou judiciais de disputa pela área, considerando que apenas quase 15 (quinze) anos depois (em setembro de 2003) é que houve a montagem de um acampamento de retomada.

Destarte, os únicos elementos encontrados dizem respeito aos anseios psíquicos do grupo indígena de um dia retornar à área em que viveram os antepassados, *estado anímico este de natureza interior e não exteriorizado e materializado em nenhuma medida concreta antes da década de 2000*, o que também é utilizado como fundamento pelo Ministério Público Federal em seu parecer (ev. 423) pela improcedência da ação em que afirma que:

"o próprio julgado excepciona a exigência do fato indígena quando a reocupação apenas não ocorreu antes da Constituição de 88 por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. É a hipótese dos autos. O estudo contido no Relatório Circunstanciado dá conta de que os indígenas jamais perderam o vínculo com a terra tradicional. O desejo de retorno à terra sagrada sempre fez parte do cotidiano do grupo indígena Guarani, somente não logrando concretizar os seus planos porque a resistência não indígena na região sempre foi forte (aliás, ainda assim é hoje), firmando-se aí o renitente esbulho. De qualquer forma, o certo é que o vínculo tradicional com a Ka'aty jamais se perdera no tempo e a violência histórica cometida contra eles foi o motivo de não reocuparem a área".

Em seu parecer (ev. 423, PARECER1, pág. 47), o *parquet* sustenta que o simples fato de as áreas em que houve ocupação tradicional no passado (antes de 05/10/1988) estarem ocupadas por não índios configura esbulho renitente, já que antes da *"tentativa física de retorno dos indígenas à área tradicional, o esbulho ocorria por força moral, amparada a situação ilegal em documentos nulos expedidos pelo estado"*, o que, porém, apesar da força inegável argumentativa dos fundamentos lançados, não encontra guarida no entendimento dos tribunais pátrios.

Com efeito, no curso do processo administrativo de demarcação – já após o julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” pelo STF – e antes da publicação da Portaria Declaratória nº 2.222/2012, assim como em suas manifestações judiciais, os agentes envolvidos por parte da FUNAI e do Ministério da Justiça (e o próprio MPF, como acima dito) ou qualificam qualquer esbulho como renitente (e se assim fosse não teria o STF qualificado o esbulho) ou adotam conceito próprio do que seja renitente ao arrepio do vernáculo.

Com efeito, a Advocacia Geral da União por intermédio da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, em parecer em que foi solicitada *“a realização de diligência solicita diligência quanto à manifestação quanto ao requisito permanência na área de 4.230 hectares uma vez que teria sido demonstrado renitente esbulho por parte de não-índios apenas em relação à área de 223,83 hectares demarcada pelo Estado do Rio Grande do Sul em 1929, e em relação a qual se pleiteia ampliação e revisão dos limites territoriais”* (ev. 366, PROCADM11, p. 17/18), passa a utilizar o adjetivo renitente sem qualquer pertinência lógica uma vez que o esbulho renitente deveria ser contemporâneo à promulgação da Constituição, fazendo isso provavelmente com o objetivo de dar conformação à decisão do STF na Ação Popular (Pet. 3.388/RR) aos atos até então praticados no processo administrativo.

Em resposta à referida diligência solicitada, a FUNAI, emitiu a Informação Técnica nº 06/CGID/2012 (ev. 366, PROCADM12, p. 01/13), concluindo que *“o esbulho renitente dos 223,83 hectares foi o último ato de uma cadeia de medidas tendentes à expulsão dos indígenas de seu território, desde o início do século XX”*, conclusão que foi acolhida no parecer da Advogada da

União subscritora do parecer que havia solicitado a diligência (ev. 366, PROCADM12, p. 14/16 e PROCADM13, p. 01).

Ainda que se admita que houve esbulho renitente por parte de não-índios até a desocupação completa da área pelos indígenas, o que, aliás, foi reconhecido nesta sentença, é incontroverso que na data da promulgação da CF/88 não havia qualquer conflito possessório, esbulho renitente de não-índios ou obstinação dos indígenas na busca da retomada das terras, circunstâncias que deviam se materializar em circunstâncias de fato e não mero desejo psíquico interno.

Nesse sentido, é importante registrar que desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso “Raposa Serra do Sol” no ano de 2009 vários outros casos envolvendo a demarcação de terras indígenas foram objeto de julgamento pelo Poder Judiciário, inclusive pelo próprio STF, quando, então, se delineou que situações como a retratada nestes autos não configuram esbulho renitente apto a excepcionar a questão da interpretação quanto ao marco temporal da ocupação indígena a ser considerado.

Confirmam-se os precedentes oriundos do próprio Supremo Tribunal Federal:

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. **Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.** 4. Agravo regimental a que se dá provimento.*

(ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

(RMS 29087, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014)

803.462: Extrai-se do voto do eminente Ministro Teori Zavascki no ARE

(...) Restaria, como fundamento de legitimação de ato demarcatório, averiguar a existência do que, no julgamento da Pet 3.388, se denominou de “esbulho renitente”.

(...)

*O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. **Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por***

circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara.

Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual. Nesse aspecto, cumpre registrar o que atestou o voto vencido do aresto impugnado:

Desde a desocupação na década de 1950, o grupo tribal Terenas não reivindica direta ou indiretamente a área. A tolerância que se sucedeu ao esbulho praticado pelos membros da sociedade nacional comprometeu o liame entre a fazenda e os usos, costumes, tradições da comunidade e originou uma situação fática que veio a ser legitimada pela Constituição Federal de 1988 (fl. 2914)

Dessa forma, sendo incontroverso que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”, a conclusão que se impõe é a de que o indispensável requisito do marco temporal da ocupação indígena, fixado por esta Corte no julgamento da Pet 3.388 não foi cumprido no presente caso. (...) (sem grifo no original)

No mesmo sentido vem decidindo o TRF da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INTEGRAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. TERRAS INDÍGENAS. MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO. RENITENTE ESBULHO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. 1. Os

embargos de declaração destinam-se à supressão de omissão, contradição ou obscuridade na decisão impugnada. Constatada a ausência de enfrentamento de questão relevante para a solução do litígio, impõe-se a integração do julgado. 2. O conceito de terras "tradicionalmente ocupadas" por índios, previsto o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988, foi explicitado pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da súmula n.º 650, que dispõe: 'os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.' O marco temporal de ocupação, para o reconhecimento de terra indígena, é a data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, ressalvada a hipótese de renitente esbulho. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. O esbulho renitente da posse não se confunde com ocupação remota ou desocupação forçada, ocorrida no passado. Para sua configuração, é indispensável a existência de situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988). E esse conflito deve materializar-se em circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada. (TRF4, APELREEX 5000201-60.2012.404.7202, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 05/05/2015)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF. 2. A configuração de "terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas", bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso "Raposa Serra do Sol"), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o "esbulho renitente". 3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o "esbulho renitente", que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo. 4. Remessa oficial e apelações desprovidas. (TRF4, APELREEX 5006473-76.2012.404.7006, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 07/05/2015)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF.2. A configuração de "terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas", bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso "Raposa Serra do Sol"), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o "esbulho renitente".3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o "esbulho renitente", que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.4. Remessa oficial e apelações desprovidas. (TRF4, APELREEX 5006469-39.2012.404.7006, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 18/06/2015)

Observo que no precedente acima citado (TRF4, APELREEX 5006473-76.2012.404.7006, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 07/05/2015), é retratada situação concreta que revela maior relação dos indígenas com a área reivindicada (ao menos em período contemporâneo à promulgação da Constituição Federal de 1988):

(...) Esses depoimentos indicam que não chegou a se estabelecer litígio efetivo entre índios e não-índios sobre a posse da terra depois deles terem sido desalojados da Fazenda Passo Liso, no início da década de 1960, mantendo os indígenas apenas uma relação tênue com a área da qual foram desalojados, não mais intensa do que aquela que as circunstâncias permitiam, sem configurar efetivo litígio possessório.

Aliás, a permanência dessa relação dos índios com a terra que lhe fora tirada, mais anímica do que efetiva, estava presente naqueles precedentes em que o Supremo Tribunal Federal afastou a configuração do esbulho renitente.

Exemplificativamente, no caso objeto do ARE 803462, em que não foi reconhecido o esbulho renitente, o laudo pericial antropológico havia narrado a seguinte situação:

*Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, **mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.** [O grifo é meu]*

No voto do relator, Ministro Teori, há ainda a seguinte afirmação:

*Também não pode servir como comprovação de "esbulho renitente" a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. **Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.***

Portanto, se em outubro de 1988 a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o "esbulho renitente", que exige conflito possessório efetivo.

Portanto, no caso concreto não se verifica ocupação tradicional dos índios guaranis na região de Mato Preto ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988), sempre devendo ser salientado que o STF não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial (RE 219.983, Pet. 3.388, RMS 29.087 e ARE 803.462).

Do mesmo modo, não configurado esbulho renitente por parte de não-índios quando da promulgação da Constituição Federal tendo em vista que ocupação remota ou desocupação forçada, ocorrida no passado, não o configura, considerando a necessidade para tanto da existência de situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual a ser considerado (05/10/1988), conflito esse que

deve materializar-se em circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada, situações inócenas no caso concreto uma vez que o acampamento de retomada (quanto, então, efetivamente reinicia-se o conflito possessório) somente foi erigido em setembro de 2003, quase 15 (quinze) anos depois da promulgação da atual Constituição.

Logo, não preenchidos os requisitos do art. 231 da Constituição Federal de rigor a procedência da ação para anular a Portaria Declaratória nº 2.222/2012 do Ministério da Justiça que declarou como de ocupação tradicional do grupo indígena Guarani Chiripá e Mbya a área com superfície aproximada de 4.230 hectares e perímetro também aproximado de 30 km, nos municípios de Erebangó, Getúlio Vargas e Erechim/RS, denominada na Portaria como “Terra Indígena de Mato Preto”.

Em conclusão, embora evidentemente incabível decidir-se a esse respeito nos autos desta ação ordinária por não fazer parte do objeto da ação, é preciso deixar registrado que a interpretação restritiva quanto ao marco temporal da ocupação tradicional indígena (que não se confunde com posse imemorial) para fins de demarcação na forma do art. 231 da CF/88 tem justificativa (e por isso não se abandona a interpretação do STF, embora não vinculante, fixada no precedente Pet. 3.388/RR) porque a demarcação sequer de desapropriação se trata, mas sim de simples reconhecimento de uma situação pré-existente que não rende ensejo a qualquer indenização por parte da União, ressalvada as benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé (art. 231, §6º, CF/88).

A vir a ser acolhida a teoria do indigenato, sem outras condicionantes que não a posse imemorial, como sustentam as rés e o próprio Ministério Público Federal, é possível vislumbrar os graves distúrbios sociais que poderiam vir a ser ocasionados porque seria permitido, a rigor, a demarcação de terras indígenas em qualquer parte do território nacional, o que é evidente em nada contribuiria para a solução da questão quanto às terras de que efetivamente necessitam e fazem jus as comunidades indígenas (num juízo de natureza política) para a sua sobrevivência como grupo étnico diferenciado, como bem demonstra o presente feito em que os índios guaranis estão em acampamento precário às margens de uma ferrovia e rodovia desde o ano de 2003 sem perspectiva a curto e médio prazo de uma solução.

Isso se deve, em grande medida, à tentativa da FUNAI em fazer demarcar como terra indígena na forma do art. 231 da CF/88 (vale dizer, sem qualquer indenização aos atuais proprietários além das benfeitorias) área que manifestamente não era ocupada pelos indígenas em 05/10/1988 e que é ocupada desde longa data por mais de 300 famílias e número aproximado de mais de 1000 pessoas (em sua imensa maioria pequenos agricultores também em situação de vulnerabilidade) ao invés de buscar outras soluções jurídicas admitidas em nosso ordenamento jurídico para a resolução de tais controvérsias.

A preocupação com os manifestos exageros hermenêuticos em tentar equiparar a posse imemorial dos índios como ocupação tradicional para fins de demarcação sem qualquer marca de atualidade na data da promulgação da Constituição Federal não é demasiada.

Basta rememorar o caso concreto que deu origem à Súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal (RE 219.983) que dispõe que “*Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.*” Não se tratava de recurso oriundo de contestação judicial de demarcação de terra indígena como seria de se esperar, mas sim de ação de usucapião de uma residência na zona urbana do município de Santo André/SP e na qual interveio a União tentando demonstrar o seu interesse jurídico e a titularidade do imóvel sob o fundamento de que o imóvel estaria compreendido no perímetro do antigo aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos.

Ademais e mais importante, é preciso também deixar registrado que a interpretação restritiva (restritiva em relação ao que pretendiam que fosse reconhecido como tal pela União, FUNAI e comunidades indígenas) do STF quanto ao marco temporal da ocupação indígena para fins de demarcação não impede a criação de áreas para os índios por outras formas jurídicas, ainda que no mesmo local em que se reconheçam ausentes os requisitos para a demarcação na forma do art. 231 da CF/88, notadamente a compra de terras ou mesmo a desapropriação por interesse social, neste caso mediante prévia e justa indenização em dinheiro, não só das benfeitorias (como prevê o art. 231. §6º, da CF/88) mas também da terra nua (maior entrave para o andamento dos processos de demarcação).

Dispõe a esse respeito a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio):

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

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

a) reserva indígena;

b) parque indígena;

c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servidor de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suasórios e de acordo com o interesse dos índios que nela habitem.

§ 3º O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios.

*Art. 31. As disposições deste Capítulo serão aplicadas, no que couber, às áreas em que a posse decorra da aplicação do **artigo 198, da Constituição Federal**.*

A esse propósito, observa-se que tal intenção da União (indenização da terra nua aos proprietários de boa fé) na prática já vem sendo cogitada como forma de solucionar o impasse, conforme referido no ofício juntado no evento 386 (OFICI2), muito embora no caso concreto possa ter sido sinalizado apenas como medida procrastinatória (como alega o MPF) ou mesmo pela constatação da sua impraticabilidade jurídica enquanto não declarada judicialmente a inviabilidade da demarcação na forma do art. 231 da Constituição.

Com efeito, sem autorização legislativa específica (está em tramitação, a esse respeito, a PEC nº 71/2011, aprovada em 2º turno no dia de ontem - 08/09/2015, no Senado Federal), afigura-se pouco provável que sobrevenha decisão da União/FUNAI no sentido de indenizar a terra nua aos agricultores enquanto, em tese, ainda se revelar possível a demarcação na forma do art. 231 da CF/88 e Decreto nº 1.775/96, muito embora diuturnamente o Ministro da Justiça (o mesmo que assinou a Portaria Declaratória questionada neste feito) a cada novo conflito que ocorre acene com esse possibilidade, sem que nada de concreto tenha sido efetuado a esse respeito, salvo a proposição legislativa antes referida em tramitação no Congresso Nacional.

Por outro lado, ainda que se cogite que a responsabilidade pela indenização (no caso de se julgar legal a demarcação efetuada) fosse do Estado do Rio Grande do Sul já que foi o referido ente federativo quem alienou os referidos lotes rurais sobre os quais foi editada a Portaria Declaratória, é de se ver que no caso concreto o Estado não reconhece tal responsabilidade (vide petição do evento 71) sob o fundamento de que o art. 32 do ADCT da Constituição Estadual abrange apenas as colonizações indevidas de áreas indígenas ocorridas em 1941 (processo nº 1819/41, da Secretaria de Agricultura) nas áreas demarcadas pelo Estado entre 1908 e 1911, dentre as quais não se inclui a área de Mato Preto (que o Estado alega não chegou a ser “demarcada”, tendo havido apenas a reserva de uma área para tanto mas que não chegou a se concretizar) considerando, igualmente, que o antigo “Toldo Erechim” não se refere à área de Mato Preto, conforme exaustivamente já referido nesta sentença.

Logo, ainda que se cogitasse de responsabilização judicial do Estado pela indenização, é preciso e necessário observar que isso demandaria ação específica para tanto e, uma vez ultrapassada a fase de conhecimento, viria a fase de liquidação das indenizações (com perícias, avaliações, impugnações, recursos, etc.) e, por fim, a inscrição em precatório, consumindo-se no mínimo uma década até ser percorrido este caminho. Atingido este estágio (inscrição em precatório), com pesar é necessário também dizer que a questão da insolvência do Estado do Rio Grande do Sul relativamente aos precatórios (e até outras obrigações mais prementes) é manifesta, sendo que em consulta ao site do TJRS é possível observar que o precatório mais antigo pendente de pagamento foi inscrito em 24/02/1999, o que faz crer que apenas depois de várias décadas a indenização da terra nua seria paga (se viria a ser um dia).

Por sua vez, a efetiva implantação de uma demarcação indígena pressupõe o reassentamento dos ocupantes não-índios (art. 4º, do Decreto nº 1.775/96) e, tendo estes direito à indenização da terra nua – como é de se esperar viessem a ter o direito reconhecido (ainda que frente ao Estado) os agricultores de Mato Preto se mantida a Portaria Declaratória – é natural que somente deixassem o local após o pagamento da respectiva indenização, até pela necessidade de adquirir outro local para viverem e desenvolverem as suas atividades.

Insistir na desocupação dos não-índios sem o pagamento da indenização da terra nua e benfeitorias teria o potencial de criar verdadeira convulsão social de consequências graves e imprevisíveis, inclusive para os próprios indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade no local.

Essa digressão, embora desnecessária à solução da lide, é efetuada diante da percepção do juízo, pelas razões acima brevemente expostas, de que infelizmente a insistência na demarcação da área na forma do art. 231 da CF/88 e Decreto nº 1.775/96 não terá o condão de resolver a questão dos indígenas de Mato Preto tão cedo (o arrastamento da situação desde 2003 é exemplo claro disso), ainda que a presente sentença possa vir a ser reformada pelas instâncias

superiores pelo *iter* recursal próprio (ou mesmo pelo reexame necessário), caminho recursal este que, se vier a ser percorrido pela União, FUNAI e o próprio Ministério Público, considera este juízo absolutamente natural.

Por outro lado, embora também natural que não seja tomada uma resolução definitiva antes do trânsito em julgado desta sentença, seria salutar que, diante de um pronunciamento judicial (ainda que de primeira instância) contrário ao preenchimento dos requisitos constitucionais para a demarcação da área como terra indígena, que desde logo os envolvidos (FUNAI, Ministério da Justiça, MPF, comunidade indígena e agricultores) ao menos estudassem alternativas para a solução da questão dos índios guaranis hoje acampados em Mato Preto para que, se for o caso, quando do trânsito em julgado da ação confirmando a anulação da Portaria Declaratória, os estudos alternativos já tivessem sido efetuados e a implementação fosse efetuada em muito menor espaço de tempo se considerada a postura de simplesmente confiar na reforma da decisão judicial.

As próprias alternativas à demarcação na forma do art. 231 da CF/88, por não se tratar de ato vinculado como a demarcação, permitem uma margem maior de negociação e ponderação entre todos os envolvidos quanto às áreas a serem destinadas aos indígenas (mediante compra ou desapropriação por interesse social), aos custos necessários, disponibilidade orçamentária, etc., desde que respeitadas e atendidas as necessidades dos indígenas.

Essas considerações são efetuadas a título de *obiter dictum* e, evidentemente, não traduzem qualquer antecipação de julgamento quanto a futuros procedimentos que possam se originar da anulação da Portaria Declaratória nº 2.222/2012 uma vez que todos os atos praticados pela administração em tese podem vir a ser questionados judicialmente perante este juízo ou outro eventualmente competente.

2.5. Da atuação da antropóloga Flávia Cristina de Melo. Alegação de suspeição.

No procedimento administrativo de demarcação o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena de Mato Preto elaborado no ano de 2009 e que serviu de base para a expedição da Portaria Declaratória do Ministro da Justiça era de responsabilidade da antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Melo, a qual, segundo alega o Estado do Rio Grande do Sul no evento 71 e reitera na sua manifestação final (ev. 402), teria “forjado” o laudo antropológico.

Para tanto, baseia-se o Estado do Rio Grande do Sul fundamentalmente na tese de doutorado da referida antropóloga (anexada no evento 71, ANEXO2 e ANEXO3) em que a mesma registra que o abandono da

aldeia de Cacique Doble pela comunidade Guarani foi realizado em função de conflitos com os vizinhos Kaingans, com apoio da ONG CIMI, da FUNAI e com participação direta da própria antropóloga, que depois foi nomeada para realizar o laudo antropológico, aduzindo, assim, atuação antiética a fazer incidir a suspeição da antropóloga, na forma dos arts. 18, I, e 20, da Lei nº 9.784/99.

Embora não tenham passado despercebidas por este juízo diversas das contradições e inconsistências do trabalho realizado pela antropóloga Flávia Cristina de Melo no bojo do processo administrativo de demarcação – o que já fora objeto de constatação dentro da própria FUNAI e em grande parte não foi objeto de saneamento já que a medida adotada para a correção dos problemas apontados foi de modo preponderante apenas a troca de chefia da CGID – conforme inclusive fundamentação desenvolvida ao longo desta sentença, não considero que as situações levantadas pelo Estado do Rio Grande do Sul invalidem todo o trabalho desenvolvido na via administrativa sob o fundamento de suspeição da antropóloga-coordenadora.

Primeiramente, de se observar que no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação a antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Melo, em diversas referências (principalmente nas notas de rodapé e legenda das fotos), faz referência aos trabalhos acadêmicos por ela desenvolvidos e que contaram com trabalho de campo junto aos índios guaranis na aldeia de Cacique Doble (de onde migraram a maioria dos indígenas atualmente acampados em Mato Preto), o que permite a qualquer interessado quando da leitura do Relatório a busca pelos trabalhos referidos e avaliação de seu conteúdo. O fato de antes ter atuado em trabalhos acadêmicos (mestrado e doutorado) junto aos índios guaranis não a torna suspeita por si só, mas denota, num primeiro momento, especialidade no objeto do trabalho a ser desenvolvido, o que inclusive é pré-requisito para realizar o trabalho.

É verdade que no Relatório elaborado para a FUNAI a antropóloga omite que participou/acompanhou diretamente as discussões na aldeia de Cacique Doble que levaram à decisão dos guaranis de se mudarem para Mato Preto, o que relata na sua tese de doutorado (ev. 71, ANEXO2, pág. 49/63). Da mesma forma, foi omitido no Relatório a questão da “amizade pessoal” (como descrito na tese de doutorado, ev. 71, ANEXO2, pág. 20) estabelecida ao longo do tempo com Adriana Kretchiú Moreira, habitante de Cacique Doble e que também migrou para Mato Preto.

A omissão destas informações pela antropóloga-coordenadora pode não ter sido intencional ou decorrer de interpretação de que seriam irrelevantes ao trabalho que estava desempenhando, de caráter técnico e oficial, onde, a princípio, não devem ter lugar ponderações de natureza pessoal do técnico responsável pelo levantamento. No entanto, sempre que o responsável por coordenar um trabalho de tamanha importância tenha qualquer ligação pessoal com os fatos ou pessoas objeto do trabalho, mesmo que não configure causa para suspeição, é importante deixar registrado no Relatório a fim de que terceiros

possam ponderar os prejuízos à fidedignidade das informações colhidas, sob pena de se levantarem suspeitas (mesmo que infundadas) quanto à correção da conduta do profissional, como parece ser o caso diante do teor das manifestações do Estado do Rio Grande do Sul.

E nesse sentido não socorrem a antropóloga as acuradas ponderações do MPF no sentido de que para fins do levantamento antropológico de que foi incumbida é imprescindível inserir-se na comunidade indígena para "ganhar a confiança" dos indígenas já que a documentação dos fatos históricos é essencialmente oral, uma vez que apesar de corretas as ponderações do *parquet*, esta aproximação com os índios interessados no estudo, a rigor, deve ocorrer após a designação como responsável pelo trabalho, ao passo que no caso concreto a relação de proximidade e até "amizade pessoal" com alguns era pré-existente à sua designação para coordenar os trabalhos.

Apesar disso e também por se decidir de modo favorável a quem alega a nulidade, deixo de reconhecer a nulidade do processo administrativo por conta da alegada suspeição da antropóloga-coordenadora Flávia Cristina de Melo, porque reconheço que no caso ocorreu, no máximo, inadequada postura profissional em omitir nos trabalhos realizados para a FUNAI a sua pretérita ligação pessoal com os indígenas interessados na demarcação quando da designação para coordenar os trabalhos relativos ao processo administrativo discutido.

2.6. Do reflexo na Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (e-proc 5003707-08.2012.4.04.7117)

Conforme já referido pelas partes, precedentemente ao ajuizamento desta ação ordinária foi promovida pelo Ministério Público Federal a Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (digitalizada no e-proc sob nº 5003707-08.2012.4.04.7117) em face da União, Estado do Rio Grande do Sul, FUNAI e INCRA, tanto que esta ação ordinária restou distribuída a este juízo substituto em razão da conexão com a referida ação civil pública (decisão do evento 23).

A ação objetivava, em síntese, o processamento do processo administrativo de demarcação da terra indígena sob a alegação de que o mesmo se encontrava indevidamente paralisado ou estava sendo conduzido de forma excessivamente morosa.

A ação foi julgada procedente em 12/05/2011 para:

a) condenar a FUNAI a analisar os recursos interpostos pelos interessados na demarcação da terra objeto da demarcação no prazo de 90 (noventa dias);

b) condenar a FUNAI a encaminhar o procedimento demarcatório ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas, no prazo de 60 (sessenta) dias subsequentes ao prazo anterior;

c) condenar a UNIÃO a observar o prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento do procedimento, para o Ministro de Estado e Justiça declarar os limites da terra indígena determinando a sua demarcação, bem como definindo diligências necessárias ou desaprovando a identificação da área;

d) condenar a UNIÃO e a FUNAI a respeitar o prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento das diligências determinadas;

e) condenar o INCRA e o Estado do Rio Grande do Sul ao reassentamento de ocupantes não índios no prazo de 120 (cento e vinte) dias subsequentes ao prazo anterior;

f) condenar a FUNAI a promover registro em cartório imobiliário no prazo de 30 (trinta) dias subsequentes ao prazo anterior.

O Ministério Público Federal promoveu, em 22/06/2012, a Execução Provisória de Sentença nº 5002432-24.2012.4.04.7117 no que dizia respeito às obrigações da FUNAI, que foi julgada extinta a pedido do Ministério Público Federal em sentença proferida em 21/02/2014.

Os efeitos da sentença e da consequente execução provisória no que tange às obrigações do Estado do Rio Grande do Sul foram suspensas pela então Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos do pedido de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 5020813-91.2012.4.04.0000.

A Ação Cautelar Inominada nº 0000349-34.2012.404.0000 ajuizada pela FUNAI foi julgada parcialmente procedente para “afastar a multa diária estabelecida, permanecendo o entendimento de que, descumpridos os prazos estipulados na sentença, sem a devida justificativa, o juízo fixará multa diária”.

Por fim, a 4ª Turma do TRF da 4ª Região julgou as apelações interpostas nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (digitalizada sob nº 5003707-08.2012.4.04.7117) em julgamento concluído em 21/01/2014 (Apelação Cível 5003707-08.2012.4.04.7117), cujo resultado foi “por unanimidade, negar provimento à apelação da união e dar parcial provimento às apelações do incra e do estado do rio grande do sul e, por maioria, não conhecer do agravo retido e, por maioria, negar provimento à apelação da FUNAI”, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA INJUSTIFICADA.

COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO CONFIGURADA.

Não é toda e qualquer disputa sobre terras indígenas que enseja a atuação originária do Supremo Tribunal Federal (artigos 102, inciso I, alínea f, e 109, inciso XI, da Constituição República Federativa do Brasil), mas somente aquela que antagoniza interesses inconciliáveis dos entes federativos em conflito, assume singular gravidade e tem o potencial de gerar 'lesão ao princípio da homogeneidade federativa', com abalo efetivo de cunho institucional ou político'. Precedentes.

Conquanto o levantamento fundiário da área litigiosa constitua atribuição da FUNAI (art. 7º e § 2º da Lei n.º 6.001/73), o domínio de terras indígenas é da União, por força de expresse mandamento constitucional, o que, por si só, justifica sua participação na lide, não bastasse a omissão - denunciada na inicial - quanto ao cumprimento de seu dever constitucional de proteção das populações indígenas.

O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para responder aos termos do pedido de indenização dos agricultores residentes na área litigiosa, fundado no art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. O alcance da obrigação estabelecida na referida norma constitucional - abrangente ou não da terra indígena sub judice, não identificada em trabalho concretizado entre os anos de 1911 a 1918 - é questão que diz com o próprio mérito da lide.

O fato de o juiz não ter expressamente rechaçado um a um os argumentos do réu não induz nulidade da sentença, se as razões que fundamentam sua conclusão são expostas de forma clara e precisa; o dever constitucional de fundamentar as decisões (art. 98, IX, CF/88) não implica responder 'questionários jurídicos'.

Se a petição inicial não quantifica a área cuja demarcação é pleiteada, não há se falar em sentença ultra petita, apenas por mencionar uma extensão de terras superior à aventada inicialmente.

O art. 129 do CPC veda o uso ilegal do processo, coibindo que as partes utilizem-no para praticar ato simulado ou proibido em lei, hipóteses que em nada se assemelham ao comportamento dos réus em defesa de seus interesses.

Não restando comprovado que o juiz agiu fora dos limites legais, não há como reconhecer sua suspeição, nos moldes do art. 135 do CPC.

O art. 460, parágrafo único, do CPC, dispõe que 'a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional'. Não atende ao comando legal, a decisão que condena o réu ao cumprimento de obrigação que somente existirá se, após a finalização do processo administrativo de demarcação de

reserva indígena, houver o reconhecimento da área litigiosa como tal, inexistindo certeza quanto ao conteúdo da deliberação final. O próprio juízo a quo assentou que, dados os contornos da lide, a caracterização e os limites da área litigiosa - pressupostos para o surgimento da obrigação do INCRA e do Estado de reassentar os não-índios - não constituíam objeto da ação, o que impede a condenação prévia dos réus, sob pena de reduzir-se a demanda a mera discussão sobre teses jurídicas, com repercussão fática incerta.

A demora da União e da FUNAI no cumprimento do dever constitucional de demarcar as terras indígenas e outorgar proteção especial à comunidade local justifica a intervenção judicial, inclusive porque a omissão das autoridades públicas contribui para o acirramento da animosidade entre dois segmentos sociais relevantes - a população indígena e os pequenos agricultores. Ademais, a prestação jurisdicional limitou-se a exigir dos réus a observação dos prazos legais para conclusão do processo administrativo, não havendo se falar em substituição do administrador em atividade que lhe é própria, nem tampouco em ingerência indevida no âmbito de discricionariedade da Administração Pública.

Do referido julgamento foram interpostos embargos de declaração, os quais ainda pendem de julgamento.

Conforme acima se historiou, na Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (digitalizada sob nº 5003707-08.2012.4.04.7117) e seus diversos incidentes tratou-se da questão do processamento do procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena de Mato Preto, julgamento que ainda se encontra pendente de julgamento no âmbito do TRF da 4ª Região, não sendo objeto daquela ação “a caracterização ou não da área como indígena, matéria a qual será devidamente discutida na seara administrativa ou em posterior ação própria a ser ajuizada pelas partes interessadas”.

Nesse sentido, uma vez julgada procedente esta ação ordinária anulando a Portaria Declaratória nº 2.222/2012 sob o fundamento de que a área declarada na Portaria não é área de ocupação tradicional indígena para fins de demarcação na forma do art. 231 da Constituição Federal pela inexistência de ocupação tradicional ao tempo da promulgação da Constituição Federal, é possível vislumbrar possível perda de objeto da referida Ação Civil Pública, o que, evidentemente, cabe ao órgão julgador em que se encontra atualmente em trâmite a ação levar em consideração, na forma do art. 462 do Código de Processo Civil, aplicável em qualquer grau de jurisdição.

É certo, igualmente, que essa possível perda de objeto somente se daria após o trânsito em julgado desta sentença, sujeita, além de eventual recurso voluntário das partes, ao reexame necessário.

De qualquer modo, revela-se imperioso levar ao conhecimento da 4ª Turma do TRF4 o teor desta sentença para que proceda como entender de

direito em relação a esta circunstância, motivo pelo qual determino que se officie nesse sentido encaminhando cópia da sentença.

2.7. Da antecipação dos efeitos da tutela

Conforme histórico efetuado no item 2.6 supra quanto ao objeto e julgamento da Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (digitalizada sob nº 5003707-08.2012.4.04.7117) e seus incidentes, de rigor reconhecer que embora o julgamento no âmbito da 4ª Turma do TRF4 nos autos da Apelação Cível nº 5003707-08.2012.4.04.7117 tenha afastado as obrigações impostas em sentença ao Estado do Rio Grande do Sul e ao INCRA – porque se trataria de sentença condicional nesse ponto – nada impedia, até o momento, o prosseguimento do procedimento administrativo de demarcação até seus ulteriores termos por parte da FUNAI.

Isso mesmo que o Ministério Público Federal tenha desistido, por ora, da Execução Provisória de Sentença nº 5002432-24.2012.4.04.7117, considerando que em relação à FUNAI apenas restou afastada a incidência automática de multa diária em caso de atraso nas fases do processo administrativo, conforme julgamento nos autos da Ação Cautelar Inominada nº 0000349-34.2012.4.04.0000 também acima referida.

Assim, com razão o Ministério Público Federal em sua manifestação proferida no evento 224 uma vez que não há nenhuma decisão judicial capaz de obstar o prosseguimento dos atos de demarcação da Terra Indígena de Mato Preto uma vez que as decisões do TRF4 apenas obstaram o prosseguimento das determinações da sentença em relação ao Estado do Rio Grande do Sul e ao INCRA e quanto à incidência automática de multa diária em relação à FUNAI.

Não bastasse isso, poderiam a FUNAI e a União prosseguir com os atos de demarcação mesmo que não houvesse sido proferida sentença na referida Ação Civil Pública já que evidentemente a ausência de decisão judicial obrigando os réus a prosseguirem com o processamento do procedimento administrativo não os impede de prosseguir voluntariamente com os atos uma vez inexistente qualquer decisão judicial impedindo tal proceder até o momento, à luz da auto-executoriedade dos atos administrativos.

Por tais razões, ainda que extinta a Execução Provisória de Sentença nº 5002432-24.2012.4.04.7117 e afastadas as obrigações do Estado do Rio Grande do Sul e do INCRA (seja nos autos do Pedido de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 5020813-91.2012.4.04.0000 ou no julgamento da Apelação Cível nº 5003707-08.2012.4.04.7117) deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela postulada pelos autores para obstar o prosseguimento dos atos de demarcação, considerando a autorização do art.

273, §4º, do Código de Processo Civil e o preenchimento dos requisitos para tanto.

Com efeito, embora justificável naquele momento processual o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela (ev. 345) diante das decisões acima referidas e da inércia da União e da FUNAI após a publicação da Portaria Declaratória nº 2.222/2012 do Ministério da Justiça e do início da tramitação da ação, a situação afigura-se outra uma vez proferida sentença de mérito anulando a demarcação por fundamento que impede a renovação do procedimento.

O requisito da verossimilhança está preenchido pelo próprio julgamento de procedência proferido.

De outro lado, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, diante do clima conflituoso instaurado, afigura-se patente desde que uma das partes envolvidas na disputa disponha de pronunciamento judicial favorável, ainda que proferido em primeira instância e naturalmente sujeito a recursos. De fato, apesar da inércia da FUNAI desde a publicação da Portaria Declaratória, nada impede que a mesma retome os atos demarcatórios a qualquer momento, inclusive aqueles mais gravosos que envolvem o levantamento fundiário e realocação dos ocupantes não-índios, o que, na existência de sentença anulando a demarcação, o que certamente geraria comoção e convulsão social de consequências graves e imprevisíveis, conforme já referido em outro momento nesta sentença.

Portanto, embora a rigor não se espere atuação inconseqüente da administração pública na condução da questão, seja da FUNAI ou da União, é prudente que a situação até então existente seja resguardada até o trânsito em julgado da sentença, ressalvando evidentemente decisão em contrário das instâncias superiores.

Por isso, deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela para sustar o prosseguimento dos atos de demarcação da denominada “Terra Indígena de Mato Preto” objeto da Portaria Declaratória nº 2.222/2012, do Ministério da Justiça, cuja anulação restou decretada nesta sentença.

2.8. Petição do Estado do Rio Grande do Sul (evento 430)

Após a conclusão dos autos para sentença o Estado do Rio Grande do Sul informou (evento 430) que chegou ao seu conhecimento a informação de que o Ministério Público Federal teria compelido a empresa PROSUL Projetos Supervisão e Planejamento Ltda a adquirir uma área para a comunidade indígena guarani na área de Mato Preto por intermédio da Associação Indígena Guarani Arandú Verá, no mesmo local onde a FUNAI pretende demarcar como área

indígena, com recursos oriundos de medidas compensatórias pela construção de rede de distribuição da Eletrosul, o que reputou como fato superveniente modificativo ou extintivo da situação da demanda, na forma do art. 462 do CPC.

Naquela petição, requereu a reabertura da instrução, dando-se vista às partes do teor da petição e documentos e a intimação do Ministério Público Federal para informar sobre as medidas compensatórias que impeliu à empresa PROSUL em favor da referida associação indígena, justificando-as e trazendo os motivos pelos quais não informou ao juízo e às partes do processo, trazendo cópia do procedimento administrativo ou judicial onde isso ocorreu.

Ainda que no plano fático possam ocorrer algumas consequências jurídicas por conta da aquisição da área pela Associação Indígena Guarani Arandú Verá, não se justificam as providências requeridas pelo Estado do Rio Grande do Sul já que em nada interferem no julgamento desta lide.

Em primeiro lugar, trata-se de uma compra e venda, sendo lícito a qualquer interessado fazê-lo, seja a venda ou a compra, inclusive a associação indígena referida. Em sendo mantida a Portaria Declaratória da Terra Indígena de Mato Preto (considerando a hipótese de reforma desta sentença), todos os atuais ocupantes da área sujeitam-se ao disposto no art. 231, §6º, da CF/88 no que se refere à indenização apenas das benfeitorias aos possuidores de boa fé, inclusive eventual associação indígena que tenha adquirido uma fração de terras no local.

Também por este motivo, não exerce qualquer influência nesta demanda o preço praticado para a compra e venda já que, em sendo mantida a demarcação, não há previsão de indenização da terra nua pela União/FUNAI, sendo que em caso de desapropriação para fins de constituição de área indígena por outro instituto jurídico há meios próprios para a discussão, administrativa ou judicial, das respectivas indenizações.

Da mesma forma, parece plausível que a referida associação - constituída poucos meses antes da lavratura da escritura de compra e venda - não teria recursos próprios para a aquisição efetuada, o que indica que recebeu os recursos de terceiros por algum meio. No entanto, essa discussão não tem cabimento nesta ação, devendo ser travada pelos interessados nas instâncias próprias, já que não é nesta ação que se vai discutir a regularidade ou não de eventual direcionamento de verbas de compensação ambiental, que alega o Estado ter sido a fonte dos recursos para a aquisição.

Se esta foi efetivamente a origem dos recursos e por influência de qualquer natureza por parte do Ministério Público Federal, é de se presumir que se trata de situação devidamente documentada e de acesso ao público em geral, de forma que os interessados (sejam órgãos oficiais do Estado ou qualquer cidadão) devem procurar a sede daquele órgão para obter acesso aos documentos e informações relativas.

Por fim e não menos importante, como já restou inclusive anteriormente referido nesta sentença, a discussão judicial quanto à demarcação da Terra Indígena de Mato Preto efetuada na forma do art. 231 da Constituição Federal não impede que os órgãos e pessoas interessadas em que os indígenas guaranis tenham garantido um local próprio na referida área procurem outros meios e institutos jurídicos para viabilizar tal intento, como parece ser o caso, ainda que forma incipiente e sobre diminuta área.

Por tais razões, indefiro o pleito de reabertura da instrução processual formulado pelo Estado do Rio Grande do Sul no evento 430.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada em memoriais pela União e **JULGO PROCEDENTE** o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito (art. 269, I, do Código de Processo Civil), para, reconhecendo ausentes os requisitos do art. 231 da Constituição Federal, anular a Portaria Declaratória nº 2.222, de 21 de setembro de 2012, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou como de ocupação tradicional indígena guarani a área com superfície aproximada de 4.230 hectares denominada “Terra Indígena de Mato Preto”, nos termos da fundamentação.

Diante da fundamentação desenvolvida no item 2.7 supra, **defiro a antecipação dos efeitos da tutela** para sustar até o trânsito em julgado desta sentença o prosseguimento de quaisquer atos de demarcação na forma do art. 231 da Constituição Federal e Decreto nº 1.775/96 da denominada “Terra Indígena de Mato Preto” objeto da Portaria Declaratória nº 2.222/2012 do Ministério da Justiça e que restou anulada nesta sentença.

Oficie-se imediatamente a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região encaminhando cópia da presente sentença a fim de instruir os autos da Apelação Cível nº 5003707-08.2012.4.04.7117, na forma do item 2.6 supra.

Diante da sucumbência, condeno as rés União e FUNAI ao pagamento *pro rata* dos honorários advocatícios em favor dos procuradores dos autores, os quais, tendo em vista a complexidade da demanda, a área envolvida na demarcação anulada, o excelente trabalho profissional desempenhado, a provável e longa tramitação do feito nas instâncias superiores, arbitro em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), atualizáveis pelo IPCA-E a partir desta data.

Deixo de contemplar o Estado do Rio Grande do Sul com a verba de sucumbência porque interveio no feito com simples interessado mediante provocação de ofício do juízo, em posição processual semelhante àquela ocupada por assistente simples dos autores, não tendo requerido o ingresso no feito em outra condição processual.

Sem condenação em custas processuais porque os autores litigaram sob o benefício da assistência judiciária gratuita e as rés gozam de isenção legal (art. 4º, I e II, da Lei nº 9.289/96).

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 475 do CPC).

Publicada e registrada eletronicamente.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **JOEL LUIS BORSUK, Juiz Federal Substituto**, 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 **710001236398v33** e do código CRC **e5229ab5**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JOEL LUIS BORSUK
Data e Hora: 09/09/2015 15:09:05
