

Apelação/Reexame Necessário Nº 5000201-60.2012.404.7202/SC

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
EMBARGANTE : MOVIMENTO DE DEFESA DA PROPRIEDADE E DIGNIDADE - DPD
ADVOGADO : LEOCIR ROQUE DACROCE
: Jaqueline Milke Silva
: Clarissa Santos Lucena
EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE SAUDADES
: MUNICÍPIO DE CUNHA PORÃ/SC
EMBARGANTE : ACELOR LUIZ ASSMANN
: ASTI BRANDINA HUF BECHTOLD
: DIRLEI MORONI ALCHIERI
: JANDIRA ASSMANN
: MARCELO ALCHIERI
: MARIA CRISTINA ZIMMER ALVES
: WANDERLEY DOS SANTOS FERREIRA ALVES
: VILMAR BECHTOLD
ADVOGADO : LEOCIR ROQUE DACROCE
: Jaqueline Milke Silva
: Clarissa Santos Lucena
EMBARGANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, atribuindo efeitos infringentes ao julgado, para negar provimento às apelações, assim como por acolher o pedido de assistência formulado pelo Estado de Santa Catarina, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de maio de 2015.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Movimento de Defesa da Propriedade e da Dignidade - DPD, Municípios de Cunha Porã e Saudades e pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão desta 4ª Turma, que restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. PORTARIA Nº 790/2007 DO MINISTRO DA JUSTIÇA. VALIDADE. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE PELOS ÍNDIOS.

Os requisitos para a demarcação de área indígena são a ocupação atual dos índios e a tradicionalidade, entendida esta como o ânimo de permanência no local, com o escopo de manutenção da cultura indígena.

Consoante o §1º do art. 231 do texto constitucional, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não são apenas às áreas ocupadas pelos indígenas no dia 5 de outubro de 1988 (promulgação da CF), mas também todas aquelas que sejam imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural.

Em suas razões, os embargantes alegaram que o acórdão impugnado é nulo, por ausência de intimação válida antes do julgamento dos recursos por este Colegiado (art. 234 e segs. do CPC). Além disso, não houve apreciação dos fundamentos que embasaram o reconhecimento da nulidade da Portaria n.º 790/07, do Ministério da Justiça, nem a explicitação dos fatos que formaram o convencimento dos julgadores quanto à existência de indígenas na região, de forma tradicional e permanente, em detrimento dos demais elementos probatórios que sinalizam o inverso.

O Estado de Santa Catarina pleiteou sua integração no feito, na condição de assistente litisconsorcial, em razão de seu evidente interesse no deslinde do litígio.

Apresentadas contrarrazões, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Apresento em mesa.

VOTO

No que tange à alegação de nulidade do acórdão, por falta de intimação da inclusão do feito em pauta para julgamento (art. 234 e segs. do CPC), inexistente a apontada eiva, porquanto a intimação dita faltante foi realizada nos próprios autos, sob a forma eletrônica (evento 6). Além disso, foi disponibilizada no escaninho eletrônico - 'processos com intimação de pauta', em conformidade com o disposto no art. 23 da Resolução n.º 17, de 26 de março de 2010, e art. 111 do Regimento Interno do TRF4, tendo a secretaria processante certificado que as 'intimações da pauta de julgamento foram realizadas no Diário Eletrônico', o que se confirma no DE n.º 135, de 21/06/2012.

No tocante ao ingresso do Estado de Santa Catarina no feito, na condição de assistente litisconsorcial, o pleito deve ser deferido.

Não obstante tenha sido afastada sua intervenção obrigatória na lide, por não estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 70 do CPC, é admissível sua participação na condição de assistente simples (art. 50 do CPC), porquanto evidenciado o seu interesse jurídico no desfecho do litígio. Com

efeito, o reconhecimento da validade da demarcação de área de 2.721 hectares, situada em seu território, como terra indígena implicará a declaração de seu domínio federal, com todos os impactos e consectários daí decorrentes.

Superadas essas questões preliminares, principio ressaltando que os embargos de declaração constituem recurso interposto perante o magistrado ou colegiado prolator da decisão, com vistas à supressão de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no texto que possa dificultar a exata compreensão da manifestação judicial.

A análise do inteiro teor da decisão impugnada denota que, efetivamente, há as omissões apontadas pelos embargantes, notadamente em relação à apreciação da tese de inexistência de ocupação indígena tradicional na área litigiosa, do que decorre a necessidade de sua integração.

Com efeito, 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.*'

Outrossim, no julgamento do RE 219.983, o Ministro Nelson Jobim destacou que:

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. (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

Esse entendimento foi reiterado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 19 de março de 2009. Na Petição n.º 3.388, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu fundamentos e salvaguardas institucionais relativamente à demarcação de áreas indígenas, assentando que o referencial temporal da ocupação, para o reconhecimento aos índios dos '*direitos sobre as terras*', é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988. Com a definição desse marco, pretendeu por fim às infundáveis disputas de terras entre índios e fazendeiros, que desestabilizam a paz social.

Colaciono recente precedente sobre o tema:

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. (STF, 2ª Turma, ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 09/12/2014, DJe-029 DIVULG 11/02/2015 PUBLIC 12/02/2015 - grifei)

Por pertinente, confira-se excerto do voto proferido pelo eminente Relator, Min. Teori Zavascki, no referido julgamento:

3. Ao julgar a Pet 3.388 (Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010), o Plenário desta Corte assentou que o art. 231, § 1º, da CF/88 estabeleceu, como marco temporal para reconhecimento à demarcação como de natureza indígena de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios', a data da promulgação da Carta Constitucional, ou seja, 5 de outubro de 1988. Assim, não se incluem nesse o conceito de terras indígenas aquelas ocupadas por eles no passado e nem as que venham a ser ocupadas no futuro. Confira-se:

***I - o marco temporal da ocupação.** Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, 'dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam'. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada na Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (...)*

Ressalvou-se, é certo, que não descaracterizaria a tradicionalidade da posse nativa eventual situação de 'esbulho renitente' cometido por não índios. Veja-se:

(...) Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígines. Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. (...)

4. Ora, no caso, tanto o voto vencedor, quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa

Bárbara), deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.

Argumenta, porém, o voto vencedor, que, 'ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação' (fls. 2824). Esse entendimento, todavia, não se mostra compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, conforme já afirmado, é pacífica no sentido de que o conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado. Nesse sentido é a própria Súmula 650/STF: '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'. Foi também nesse sentido o recente julgado da Segunda Turma em caso análogo ao presente, acima referido, em que foi reafirmado o marco temporal fixado na Pet 3.388:

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 29.087, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014)

Nesse aresto, a controvérsia foi decidida pelo Min. Gilmar Mendes nos seguintes termos:

Após precisa análise, verifico que o relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guyraroká, elaborado pela FUNAI, indica que a população Kaiowá residiu na terra reivindicada até o início da década de 1940 e que, 'a partir dessa época, as pressões dos fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência de índios no local' (fl. 26).

Nos termos do laudo, que deu base à edição da Portaria 3.219, objeto da presente demanda:

'Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local.' (fl. 30).

Vê-se, pois, que o laudo da FUNAI indica que há mais de setenta anos não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça reitera que 'a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão dos fazendeiros', mas que alguns permaneceram na região 'trabalhando

nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra'. Nos termos da decisão do STJ, esse fato seria suficiente para legitimar a demarcação pretendida.

Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia.

Diferente desse entendimento, 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.'

No RE 219.983, precedente dessa Súmula, o Min. Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras indígenas, que:

'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).

Mesmo preceito foi seguido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 19 de março de 2009. Na Pet. 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas. Trata-se de orientações não apenas direcionados a esse caso específico, mas a todos os processos sobre mesmo tema.

Importante foi a reafirmação de marcos do processo demarcatório, a começar pelo marco temporal da ocupação. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas.

Deixou-se claro, portanto, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos 'direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam', é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988.

(...)

Em complemento ao marco temporal, há o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com o dia e o ano da promulgação, é preciso haver um tipo 'qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios.' (voto Min. Ayres Britto, Pet. 3.388).

Nota-se, com isso, que o segundo marco é complementar ao primeiro. Apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 5 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco.

A decisão impugnada pelo presente recurso ordinário chegou a mencionar a Pet 3.388 e, inclusive, transcreveu trechos relativos à definição dos marcos temporal e tradicional, nela delimitados. Realizou, contudo, equivocada interpretação da jurisprudência desta Casa.

Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos 'direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam', essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século!

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra 'tradicionalmente' como posse imemorial.

Esse entendimento, como se vê, infirma a orientação da corrente vencedora do acórdão recorrido, que, ante o mero fato de os índios Terena terem ocupado a Fazenda Santa Bárbara no passado, considerou legítima a demarcação daquela área como terra indígena, não obstante a inexistência de efetiva ocupação em 1988.

*5. 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. (grifei)

No mesmo sentido, colaciono julgado deste Regional:

ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. 'FATO INDÍGENA'. MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Quanto à possibilidade de excluir a responsabilidade do DEMHAB pela evicção, deve ser mantida a sentença que determinou o DEMHAB permanesse vinculado ao feito. 2. Do 'leading case' Raposa Serra do Sol, extrai-se de trecho do voto do Relator Min. Carlos Britto: 'Terras que os índios tradicionalmente ocupam são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença

constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas', sendo que 'a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquiva das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena' (STF, Pet nº 3.388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, v.u., j. 19.3.2009, DJe-STF, de 24.9.2009). 3. No caso concreto, tendo em vista que inexistia ocupação indígena tradicional no imóvel em 5.10.1988 (pois as terras começaram a ser ocupadas pelos indígenas na década de 70) não há falar em nulidade do Decreto Executivo nº 018/88 do Município de Viamão/RS, de modo que não é possível declarar a nulidade do procedimento de desapropriação ao argumento de se tratar de terras da União, face à inexistência de prova da posse tradicional da terra pelos índios em 5.10.1988, o que não impede a continuidade do procedimento de desapropriação, com o pagamento da indenização aos titulares das propriedades que serão destinadas ao assentamento dos indígenas. 4. Improvimento das apelações. (TRF4, 3ª Turma, AC 5042890-71.2011.404.7100, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 29/01/2015 - grifei)

Adotando essa orientação no caso concreto, e independentemente de todas as outras teses aventadas pelas partes, é incontroverso que a área *sub judice* é ocupada por não indígenas desde 1963, não havendo prova de que, em outubro de 1988, era objeto de disputa possessória, fática ou judicializada. Com já ressaltado nos precedentes citados, 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, que 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.

Nessa perspectiva, resta descaracterizada a tradicionalidade da posse indígena sobre as terras, onde, em passado remoto, teria existido a aldeia indígena Araçáí.

Nessa linha de fundamentação, destaco da sentença:

(...)

Trata-se de Ação Processada sob o Rito Ordinário através da qual os autores buscam a declaração de nulidade da Portaria n. 790, de 19 de abril de 2007, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou como terra indígena, uma área de terra de 2.721 ha (seiscentos e sessenta hectares), localizada nos Municípios de Cunha Porã e Saudades, ambos no Estado de Santa Catarina, para a criação da Reserva Indígena Guarani de Araçá'y.

As rés alegam que o mérito da questão não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, pois acarretaria violação do princípio da separação dos poderes, visto que o ato administrativo de demarcação perpetrado pelo Ministro da Justiça caracteriza-se como ato discricionário.

A alegação não pode ser acolhida por dois motivos. Primeiro, por que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, estabelece que não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Segundo, por que o ato de demarcação de terras indígenas não é discricionário, mas, ao contrário, estritamente vinculado, ou seja, não cabe ao administrador

público simplesmente escolher certa área ou região do país e declarar que é terra indígena, baseado em critérios de conveniência e oportunidade. Ao contrário, o administrador somente pode tomar tal medida quando estiverem presentes os requisitos estabelecidos no art. 231 da Constituição Federal, combinado com a Lei n. 6.001/1973, regulamentada pelo Decreto n. 1.775/96.

Partindo-se desta premissa, passa-se então à análise no sentido de verificar quais são os requisitos estabelecidos pela ordem jurídica brasileira para a prática do ato administrativo vinculado de demarcação de áreas indígenas.

Dos requisitos constitucionais e legais para a demarcação de terras indígenas

(...)

Da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da expressão terras tradicionalmente ocupadas por índios

(...)

Da verificação dos requisitos legais e constitucionais, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicados caso ao em tela

Deste modo, diante dos preceitos constitucionais e legais vigentes, bem como pela posição adotada pela Suprema Corte Brasileira sobre assunto, conclui-se que a UNIÃO somente pode realizar a demarcação de terras como sendo tradicionalmente ocupadas por índios quando detectar em alguma área geográfica do território nacional a ocorrência de dois requisitos simultâneos:

1º - **Que a área apresente ocupação atual de índios**, adotando-se como marco temporal desta atualidade a data de promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988), ou seja, a área em análise deve registrar a posse ou a presença de índios, ainda que conflituosa, quando da promulgação da Constituição atual.

2º - **Esta ocupação deve ter a qualidade de tradicionalidade**, ou seja, com ânimo de perdurabilidade e permanência para manutenção da cultura.

1º REQUISITO (STF) - OCUPAÇÃO ATUAL DE ÍNDIOS

No caso dos autos, a farta documentação juntada demonstra de forma clara e objetiva que **não havia índios ocupando a área objeto da lide em 05/10/1988**. De igual forma, **não há qualquer prova de conflitos, disputas ou esbulhos praticados por não índios neste período e, tampouco, existe registro da presença de silvícolas resistindo a um hipotético esbulho, dentro deste espaço geográfico.**

Salienta-se que o primeiro registro de conflito na região ocorreu no ano 2000 (anexo 18 - fls. 402-419), ou seja, 12 anos após a promulgação da constituição, quando algumas famílias de índios foram deslocadas da reserva de Nonoai, onde viviam desde longa data, numa área de 394.000.000 m² (trezentos e noventa e quatro milhões de metros quadrados), por integrantes do CIMI (Conselho Indigenista Missionário) (fls. 395, 401/11, 416/9, 420 e 457/8 do Anexo XVIII), e transportados para invadir uma parte da área objeto deste processo. Na época, a Justiça Federal de Chapecó reintegrou os autores na posse e os índios foram conduzidos de volta à aldeia indígena de Nonoai, (fls. 474/7), sendo que, posteriormente, 10 famílias de guaranis foram residir na aldeia Ximbangue, em Chapecó (<http://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=15721>), onde vivem há mais de 10 anos, numa

área de aproximadamente 19.636.500 m² (dezenove milhões, seiscentos e trinta e seis e quinhentos metros quadrados).

Deste modo, no que tange à ocupação da área na época da promulgação da atual Constituição, primeiro requisito para se reconhecer uma terra como tradicionalmente ocupada por índios, vê-se que não restou demonstrada nos autos. Aliás, **este fato é incontroverso, pois a tese dos réus baseia-se única e exclusivamente na existência de indígenas nos Municípios de Cunha Porã e Saudades, antes de 1962, quando teria saído o último silvícola do local, de nome Sebastião (fls. 351,376, 460, e 1171).**

Além da ausência de ocupação atual de índios nas terras litigiosas, **os depoimentos colhidos dos próprios indígenas que residiram no local até 1962, evidenciam a ausência de vínculo cultural ou afetivo com a terra,** pois a maior parte deles manifestou não ter interesse em voltar para área, como se vê abaixo:

A testemunha da FUNAI, Sebastião André, descendente de guarani, que viveu alguns anos na área conflituosa e de lá saiu em 1962, respondeu (fl. 1170-verso): 'Juíza: O Senhor não pretende morar naquela área? Testemunha: Não.'

A testemunha da FUNAI, Mário Alves da Silva, descendente de guarani, que viveu no local dos fatos até os 12 anos de idade, refere (fl. 1237): 'Diz que atualmente não deseja retornar a Araçaí porque já está velho.'

No mesmo sentido, a testemunha Antônio Izomar Marini, servidor público da FUNAI, referiu (fl. 726) que na entrevista efetuada com o índio Levino, ele informou que embora tenha nascido na região conflituosa: 'Registrou que gostava de morar com a Sra. Nair e não manifestou interesse de ir morar com outros índios.'

Uma das poucas testemunhas que disse querer voltar para a região litigiosa, João Ribeiro da Silva, apresentou argumento de cunho mais financeiro do que um vínculo com a terra propriamente dito. Observe-se o depoimento (fl. 1236): 'Diz que ainda tem vontade de morar no local, pois reside em Maravilha, de aluguel, e o dinheiro da aposentadoria não chega.' Observe-se que não há, neste depoimento, qualquer traço de ligação afetiva ou tradicional com a área que deixou em 1962, mas tão só um problema financeiro que entende poder ser resolvido com uma eventual demarcação da área.

Como se vê os **indígenas ouvidos em juízo e ocupantes da área litigiosa até 1962, não demonstraram qualquer vínculo tradicional ou cultural com as terras litigiosas.** Este comportamento tem uma explicação lógica que desvenda a questão de fundo da lide e que é detalhadamente apresentada no tópico abaixo.

2º REQUISITO (STF) - OCUPAÇÃO COM ÂNIMO DE PERDURABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA MANUTENÇÃO DA CULTURA INDIOS OU PEQUENOS AGRICULTORES DESCENTES DE INDIOS?

Os presentes autos apresentam uma peculiaridade que é fundamental para o deslinde da lide, a qual consiste em definir se as 03 ou 08 famílias (fls. 1171, 1237, 1235, 1232) que viviam no local dos fatos, até 1962, constituíam uma aldeia, onde se cultuava e se preservava a cultura indígena, ou, se ao contrário, eram pequenos agricultores, descendentes de índios, sem qualquer vínculo com a preservação das tradições e cultura silvícolas.

A importância desta definição está no fato de que o objetivo do §1º do art. 231 da Constituição Federal, é justamente proteger e preservar as tradições e a cultura indígena. Até por que o Supremo Tribunal Federal, para reconhecer uma área como indígena, exige que ocupação

tenha a qualidade de tradicionalidade, ou seja, com ânimo de perdurabilidade e permanência para manutenção da cultura. Deste modo, deve-se averiguar se as famílias que ocupavam as terras discutidas até 1962, formavam uma aldeia indígena ou se eram apenas pequenos agricultores.

No caso em tela, o laudo antropológico (fls. 108 a 938 - Anexos XVII a XX), documento de formação unilateral da FUNAI, descreve as terras discutidas, até 1962, como uma aldeia indígena onde se preservavam as culturas e tradições silvícolas da etnia guarani. Contudo, os dados deste laudo restaram isolados no conjunto probatório e foram completamente desacreditados pelos depoimentos das testemunhas trazidas pela própria FUNAI (fls.1232-1238), as quais viveram na área objeto do litígio até 1962, e cujos relatos demonstram que não havia aldeia ou qualquer culto ou tradição indígena em seu cotidiano. A propósito, as testemunhas ouvidas foram uníssonas ao afirmar que viviam como pequenos agricultores, freqüentavam a igreja católica, iam às missas, trabalhavam nas fazendas como diaristas, meeiros e parceiros rurais, enquanto outros eram empregados das empresas colonizadoras, atuando na medição de terras. O plantio de subsistência que possuíam era desenvolvido com sementes que compravam na cidade ou de outros agricultores.

O cotidiano destas famílias era tão distante da cultura indígena que uma das testemunhas, Mário Alves da Silva, descendente de guarani, que morou no local até os 12 anos de idade, chegou a afirmar por duas vezes em seu depoimento que seu 'nono' fora enterrado na área (fl. 1237-1238), demonstrando que seus vínculos culturais eram muito mais próximos das tradições italianas do que das silvícolas.

Os depoimentos colhidos nos autos são esclarecedores:

A testemunha da FUNAI, Mário Alves da Silva, descendente de guarani, que viveu no local dos fatos até os 12 anos de idade, refere (fl. 1238): 'A testemunha informa que nunca residiu em uma aldeia indígena. (...) Pelo que lembra não havia aldeia indígena no Araçá na época. (...) se criou 'no meio dos brancos' e não sabe como é uma aldeia indígena. (...) Diz que o colono Alfredo Klain já residia no local 'já fazia um tempinho', antes da chegada das colonizadoras.' Nas fls. 1237, a mesma testemunha narra como era o cotidiano naquela época: 'Diz que as 3 famílias de índios que moravam no local sobreviviam do trabalho que executavam nas fazendas dos colonos vizinhos. O trabalho consistia em roçar, plantar e produzir. Recebiam o pagamento em dinheiro. (...) ganhava oito cruzeiros por dia na fazenda dos colonos vizinhos. Além disso, também plantavam um pouco, nas terras onde moravam, para o consumo. As sementes eram obtidas dos colonos que eles trabalhavam.'

A testemunha da FUNAI, Sebastião André, descendente de guarani, que viveu no local dos fatos até 1962, refere (fl. 1171): '(...) nasci no município de São Carlos.' Indagado pelo magistrado se chegou a morar na área litigiosa, quanto tempo lá residiu e quantas famílias de índios existiam na época respondeu: 'Morei lá. (...) Sai de lá em 1962. (...) Nós era em 5 família'. Na fl. 1175, a testemunha esclarece: '(...) Eu sempre fui colono. Sempre trabalhei na roça. Quando não trabaiei na firma'. Ao ser indagado pelo procurador da Funai (final da fl. 1173 e verso) se os índios ainda estariam ocupando a área se não houvesse a briga pelas terras na década de 60, respondeu: 'Pois óia, acho que não. Eu Acho que não. (...) Porque eles não prantavam. Não trabalhavam, só trabaivavam de peão assim.' Por fim, quando questionado se chegou a ser proprietário de alguma área de terras na área litigiosa, respondeu (fl. 1176): 'Não. (...) Eu tava trabaivando. Eu entregava uma parte dessa planta pra esse Erno Chisto por que como o primeiro ano, primeiro ano, eu não tinha boi, não tinha nada, por que comecei a recém a fazer a lavoura lá, daí eu entreguei a terça parte do milho e o resto eu plantava pra mim.'

A testemunha da FUNAI, João Ribeiro da Silva, descendente de guarani, que viveu no local dos fatos até os 22 anos de idade, refere que (fl. 1234): '(...) viveu no local até os 22 anos de idade,

quando saiu e foi procurar trabalho em Cunhatai, onde permaneceu por 25 anos e depois foi morar e trabalhar em Maravilha. (...) Diz que seu pai veio do Paraguai para morar na região quando tinha 27 anos de idade. Diz que quando morava no Araçá trabalhou 4 anos como empregado da Companhia que vendia terras. Suas atividades consistiam na medição de terras junto com o agrimensor. Quando terminou a sua relação de trabalho com esta companhia esta lhe ficou devendo dinheiro e deu como pagamento 2 colônias de terras com escritura publica com os n.ºs. 211 e 212. (...). Diz que além da testemunha também seu pai trabalhava para a Companhia e alguns cunhados dele.'

A testemunha da FUNAI, Hilário Ribeiro, descendente de guarani, que viveu no local dos fatos até os 14 anos de idade, refere que (fl. 1232): 'garantiam seu sustento como diaristas nos colonos (...) faziam serviços de roçadas nas fazendas (...).' E complementa na fl. 1233: 'A família toda era católica e ia à igreja'.

Como se pode depreender dos depoimentos colhidos, nunca houve um aldeamento indígena nas terras objetos da lide. Ao contrário, as testemunhas descendentes de índios que viveram entre as 3 ou 8 famílias que residiam no local até 1962, registram que não havia aldeia, culto ou tradição indígena.

Ressalte-se que até mesmo a religião, que é bastante forte na cultura de aldeias legitimamente guaranis, não era cultuada por estas famílias, uma vez que todos os depoentes foram uníssonos em afirmar que eram católicos e iam à Igreja regularmente, por vontade própria, demonstrando a total falta de vínculo com a cultura silvícola.

Deste modo, a prova testemunhal trazida pela FUNAI ao processo, demonstra que as 3 ou 8 famílias, descendentes de guaranis, viviam como pequenos agricultores nas terras discutidas nos autos, razão pela qual não se enquadram na situação prevista no §1º do art. 231 da Constituição Federal, pois jamais praticaram ou mantiveram em seu cotidiano qualquer tradição ou cultura indígena que pudesse ser preservada.

Estando ausente, no caso em tela, portanto, a ocupação com ânimo de perdurabilidade e permanência para manutenção da cultura, não há de se falar em qualidade da tradicionalidade da ocupação pretérita.

Da ausência de tradicionalidade ou vínculo cultural com a terra na ocupação pretérita

A prova dos autos é robusta no sentido de que estas 3 a 8 famílias de índios eram diaristas nas fazendas da região e ocupavam espaços limitados de terras, na condição de pequenos agricultores, as quais foram tituladas pela Companhia Sul Brasil que, com autorização do Governo do Estado de Santa Catarina, loteou e finalizou o processo de venda dos lotes em 1962.

Nesse sentido, observe-se o depoimento da testemunha da Funai, Sebastião André, descendente de guarani, que viveu nas terras litigiosas até 1962, sobre o processo de loteamento e venda das áreas (fl. 1175): '(...) quando eu fui lá pra comprar essa terra ali eles tinham fechado a venda de terra. (...) Eles iam me vender a terra. Daí quando eu cheguei lá com o dinheiro pra comprar, daí eles tinham fechado a venda de terra.' Questionado sobre o que fez após estes fatos, se chegou a comprar terras no município de Paraíso, respondeu: 'É, daí compremo uma chacinha dum padrinho meu.' Este registro elucida bem a situação cultural das famílias que lá viviam, sua noção de propriedade, de compra e venda e de relações de trabalho. Veja que o indígena Sebastião André tentou comprar uma área de terras da colonizadora Sul Brasil e, quando viu que todos lotes já haviam sido vendidos, comprou, com os recursos que obteve com os trabalhos de parcerias rurais nas fazendas da região, uma área de terras no município de Paraíso, onde passou a viver e trabalhar na agricultura com seus familiares.

As práticas e hábitos de vida das 03 a 08 famílias de índios que viviam na região litigiosa não guardam nenhum tipo de vínculo ou culto de tradições silvícolas e, tampouco, com as terras. Como se viu pelas provas e depoimentos acima destacados eles eram um grupo de pequenos agricultores, descendentes de guaranis, católicos, que sobreviviam da agricultura, em especial como diaristas nas fazendas, ou como empregados da própria empresa colonizadora.

Assim, resta claro que os agricultores posseiros, descendentes de índios guaranis, residentes no local objeto da lide até 1962, não consideravam a área como sendo sua, tanto é assim que se retiraram do local pela simples chegada dos agricultores que compraram as terras da Companhia Sul Brasil.

Da forma de desocupação da área litigiosa

Os réus sustentam que a não permanência dos indígenas no local decorreu da violência por parte dos agricultores, adquirentes das áreas no início da década de 60. Acrescentam, inclusive, relatos de lesões corporais graves e queima da residência de um dos indígenas.

A prova colhida, contudo, em especial o depoimento dos próprios indígenas que viveram no local até 1962, contraria por completo a alegação de violência relacionada à retirada compulsória dos índios das terras litigiosas, pois todos testemunharam no sentido de que saíram pacificamente do local, sem qualquer incidente.

A testemunha dos réus, Hilário Ribeiro, que morou no local até 1962 (fl. 1232), registrou: 'Acrescenta que os índios saíram por bem, não houve conflito ou qualquer incidente.'

No mesmo sentido foi o testemunho de Mario Alves da Silva (fls. 1237-8), que viveu no local até os 12 anos de idade: 'Diz que os agricultores não fizeram ameaças aos índios. (...) Diz que o motivo da saída dos índios foi tão somente o argumento dos agricultores no sentido de que tinham comprado as terras. Diz que os agricultores não chegaram a pedir a saída dos índios, apenas afirmaram que compraram as terras e, com isso, os índios deixaram o local 'sem motivo algum'. (...) Não recorda de qualquer incidente envolvendo índios e agricultores naquele período. (...) Diz que Sebastião André é seu primo e não sabe porque ele saiu do local mas acha que não houve nenhum incidente envolvendo ele. Dentro do Araçaí não existiam outras famílias além das três já mencionadas. Não sabe da ocorrência de algum incêndio na casa de Sebastião André. (...) Conheceu Clarindo de oliveira, pois seu pai trabalhou para ele. Diz que uma vez Clarindo bateu em seu pai por causa de um acerto de contas de uma roça. Fora isso ele nunca fez ameaça a ninguém e seu pai continuou trabalhando tempos para ele '

Com relação a situação de Sebastião André que, segundo as rés, teria sido expulso da área e, ao se recusar a sair, teria tido sua casa queimada, vê-se que própria narrativa vítima afasta qualquer relação com a disputa de terras indígenas. Segundo se extrai do relato do próprio Sebastião André (fls. 1170-2), este ocupava dois lotes de terra pertencentes ao índio João Ribeiro (estes lotes foram recebidos por João Ribeiro da Companhia Sul Brasil, como indenização pelos serviços prestados). Ocorre que o índio João Ribeiro arrendava a área para diversas pessoas e Sebastião André recusava-se a pagar renda à João Ribeiro, fato que iniciou um atrito entre os dois descendentes de guaranis. Veja o que disse Sebastião André nas fls. 170 e 170v:

'Procurador da FUNAI: O Senhor sabe dizer porque o Seu João Ribeiro transferiu esses lotes em favor do Seu Clarindo?

Testemunha: Por que eu plantava lá, eu trabalhava lá e eles queriam que eu pagasse arrendamento pra eles e eu não quis pagar porque eles tinham o direito de trabalhar, eles podiam trabaia também, que eu trabalhei, fiz muita roça, plantei. Que eles sempre alugavam

aquelas terra lá. Daí eu peguei e comecei a pranta eu mesmo. Daí eles queriam parte e daí ficou aquela bronca, não entregaram parte e... daí que eles começaram a negociar.'

Durante esta desavença entre os dois indígenas, João Ribeiro negociou e vendeu os lotes para um agricultor chamado Clarindo de Oliveira, e solicitou que Sebastião André cessasse suas atividades na área e deixasse o local. Veja a explicação da testemunha Sebastião André sobre a negociação do índio João Ribeiro com Clarindo de Oliveira (fls. 1172 e 1172-verso):

'Procurador da FUNAI: Mas negociar, como é que foi esse negócio? Foi em troca de dinheiro? Testemunha: Foi (?) por dinheiro. (?) que eu não tava junto... só ouvi falar, esses pessoal que leram o papel que me contaram e mandaram eu vim me retirar dali. E eu tinha tudo construído a recém, não podia sair, abandonar lá.

Procurador da FUNAI: Aí o Senhor não saiu e aí...?

Testemunha: Daí não sei, daí sábado de aleluia que aconteceu que queimou a casa.

Procurador da FUNAI: Ninguém procurou o Senhor pra também fazer essa transferência dos bens...?

Testemunha: Não. Ninguém.

Procurador da FUNAI: Foi tudo feito pelo Seu João Ribeiro?

Testemunha: É foi o João Ribeiro.

Procurador da FUNAI: Esse Seu João Ribeiro também era da tribo?

Testemunha: Sim. É meu primo. O meu pai e a mãe dele... É meu primo-ermão. A mãe dele e o meu pai são irmão.'

Observe-se pelo relato que a disputa principal decorria do atrito entre dois índios: João Ribeiro, que era o proprietário dos lotes, e Sebastião André, que se recusava a pagar renda pela área utilizada dentro destes lotes. A situação entre os dois se acirrou e João Ribeiro vendeu os lotes para Clarindo de Oliveira, solicitando a saída de Sebastião do local. Durante estes fatos, a casa de Sebastião pegou fogo.

Veja que as circunstâncias demonstram que o incêndio ocorreu no período em que havia uma situação de atrito entre dois índios, em razão da discussão sobre o pagamento de rendas pelo uso da terra. Sebastião André, que teve sua casa queimada, afirmou não saber quem fora o autor do delito. João Ribeiro, por sua vez, tratou de atribuir a responsabilidade do incidente ao novo adquirente, Clarindo Oliveira, fato que também não restou demonstrado nos autos.

Todavia, o que se abstrai da narrativa feita pelos próprios índios envolvidos neste fato é que o incêndio não teve qualquer relação com uma violenta expulsão de indígenas do local, mas ocorreu durante uma disputa de pagamento de arrendamento entre dois primos, descendentes de guarani.

Tanto é assim, que a testemunha Sebastião André referiu que sua saída do local foi pacífica, sem violência e que nunca fora proprietário de terras na região, pois era arrendatário. Veja os relatos da testemunha (fls. 1176):

'Procurador dos Autores: Quem mandou o Senhor se retirar de lá? Quem é que foi a autoridade, a pessoa que disse; Ó o Senhor se retire.

Testemunha: Pois eles só me aconselharam assim. Aconselharam que fosse, o tal de Erno Chisto que era meu patrão bem dizer, que me ajudava bastante. (...) Procurador dos Autores: Mas ninguém te obrigou a sair?

Testemunha: Não. Não.

(...)

Procurador dos Autores: O Senhor chegou a morar alguma vez no Araçazinho assim com terras que vocês entendessem que fossem vossas, do povo indígena, assim: Essa terra é minha, eu trabalho, faço o que eu quero?

Testemunha: Não. A gente nunca (...).'

Outro fato alegado pelos réus e contrariado por suas próprias testemunhas, diz respeito a um índio chamado Sebastião Alves, o qual teria sido espancado para deixar o local. Veja o relato da testemunha Sebastião André que viveu no local dos fatos até 1962, ao afirmar que o espancamento de Sebastião Alves não teve nenhuma relação com as terras, mas ocorreu em razão da discussão por uma empreitada, tendo ocorrido muito tempo antes do movimento das colonizadoras (fl. 1173):

'Procurador da FUNAI: O Senhor conhece o Seu Sebastião Alves?

Testemunha: Conheço. Ele é falecido há a muitos anos já.

Procurador da FUNAI: É verdade que ele foi espancado?

Testemunha: Foi, foi espancado.

Procurador da FUNAI: O Senhor sabe dizer por que e quando?

Testemunha: Isso eu só sei dizer que foi espancado, foi negócio de empreitada, essas coisa aí.

Procurador da FUNAI: Tem haver com essa questão das terras?

Testemunha: Não é. Não era. Espancado por causa das terra não. Por que aquele tempo não tinha movimento nenhum ainda.'

Este conjunto de relatos explica por que não houve resistência à ocupação da colonizadora, finalizada em 1962, derrubando por terra a tese de que houve violência para a saída destas famílias do local.

Da nulidade da Portaria n. 790, de 19 de abril de 2007

Por todo o exposto, vê-se que não há no conjunto probatório juntado aos autos qualquer fundamento para o reconhecimento da área em questão como sendo de ocupação indígena atual e tradicional, nos termos estabelecidos no artigo 231 da Constituição Federal, visto que em 05 de outubro de 1988, não havia na região litigiosa índios na posse das terras e, tampouco, a presença de índios resistindo à ocupação da cultura envolvente.

Além disso, os poucos descendentes de índios (entre 03 a 08 famílias) que estiveram na região até o ano de 1962, sequer compunham uma tribo ou aldeia, pois eram pequenos agricultores que laboravam nas fazendas e na empresa Colonizadora Sul Brasil, sem a praticarem qualquer tradição ou cultura indígena. Tanto é assim, que quando saíram do local continuaram suas atividades laborais em outros municípios sem jamais procurar inserção nas várias reservas indígenas existentes na região.

Por tais motivos, vê-se que o Ministro da Justiça, deveria ter aplicado ao caso em tela, em razão de suas peculiaridades, o disposto no art. 2º, §10º, III, do Decreto 1.775/96, ou seja, deveria ter desaprovado a identificação em razão do caso concreto não atender ao disposto no §1º do art. 231 da Constituição Federal.

Como a posição adotada pelo Ministro da Justiça foi diferente do preceito constitucional e da própria Lei 6.001/1973, pois assinou a Portaria n. 792/2007, demarcando como área indígena terras que não se enquadram no conceito de ocupação tradicional de índios, vê-se que esta culminou por violar o art. 231, §1º, Constituição Federal e o art. 17 do Estatuto do Índio.

Deste modo, restando maculada a referida portaria por descumprimento expresso da Constituição e da legislação aplicável, declara-se sua nulidade, desde a data da sua publicação.

Registros finais acerca dos critérios de proporcionalidade e justiça social do caso em estudo

Apenas para fins de registro, observe-se que até mesmo no critério da proporcionalidade e justiça social a situação pretendida pela FUNAI causaria um grande drama social, de impacto incalculável, pois no caso em tela as rés pretendiam desabrigar 131 famílias de pequenos agricultores, que trabalham em regime de subsistência, totalizando 417 pessoas, numa área de 2.825 hectares, adquiridas há décadas, para criar no local uma reserva onde nunca houve aldeia indígena e lá alojar não mais do que 15 famílias de descendentes de guaranis, que vivem desde longa data em duas grandes reservas indígenas: Toldo Nonoai, de 394.000.000 m² (trezentos e noventa e quatro milhões de metros quadrados) e Toldo Ximbanque, com 19.636.500 m² (dezenove milhões, seiscentos e trinta e seis e quinhentos metros quadrados).

Como se viu ao longo da fundamentação desta sentença, a maior parte dos índios que residiram preteritamente na região não vive em aldeias e sequer deseja voltar ao local. Logo, a área pretendida pela FUNAI se destinaria a índios guaranis que nasceram nas aldeias Toldo Nonoai e Toldo Ximbanque e lá já constituíram família, onde já vivem em espaço apropriado e adequado para a preservação da cultura e tradições indígenas. Este juízo, inclusive, teve a oportunidade de auxiliar administrativamente a Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina, na instalação da escola bilíngue para as 10 famílias de guaranis que vivem no Toldo Ximbanque, local onde, no segundo semestre de 2010, foram também construídas casas para essas famílias. Nestas gigantescas aldeias existem até mesmo professores guaranis que ensinam às crianças sobre a tradição e língua da etnia.

Quanto ao argumento freqüentemente utilizado pela FUNAI no sentido de que os guaranis não se acertam com os índios kaingangue, que vivem nas aldeias Toldo Nonoai e Toldo Ximbanque, a alegação também não procede. Este juízo teve a oportunidade de receber, nos últimos 2 anos, diversas visitas dos caciques e lideranças dessas etnias para ajustar necessidades de saúde, educação e subsistência nas aldeias e pôde perceber pessoalmente, a harmonia e ajuste cultural já consolidado pelas várias décadas em que essas duas etnias vivem em conjunto nestas grandes áreas já demarcadas na região.

*A argüição de nulidade dos títulos por serem originários de concessões do Estado é circunstância totalmente estranha à presente lide, cabendo a União, se assim o desejar, pleiteá-la em autos próprios, como já referido acima.
(...) (grifos nosso e do original)*

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos de declaração, atribuindo efeitos infringentes ao julgado, para negar provimento às apelações, bem como por acolher o pedido de assistência formulado pelo Estado de Santa Catarina.

É o voto.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7322199v13** e, se solicitado, do código CRC **BD62536C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Vivian Josete Pantaleão Caminha

Data e Hora: 05/05/2015 17:57

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 05/05/2015

Apelação/Reexame Necessário Nº 5000201-60.2012.404.7202/SC

ORIGEM: SC 50002016020124047202

INCIDENTE : EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
RELATOR : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
PRESIDENTE : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
PROCURADOR : Dr. Fábio Nesi Venzon
PEDIDO DE : Dra. Jaqueline Mielke Silva p/Movimento de Defesa da
PREFERÊNCIA : Propriedade e Dignidade-DPD e Outros
EMBARGANTE : MOVIMENTO DE DEFESA DA PROPRIEDADE E
DIGNIDADE - DPD
ADVOGADO : LEOCIR ROQUE DACROCE
: Jaqueline Milke Silva
: Clarissa Santos Lucena
EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE SAUDADES
: MUNICÍPIO DE CUNHA PORÃ/SC
EMBARGANTE : ACELOR LUIZ ASSMANN
: ASTI BRANDINA HUF BECHTOLD
: DIRLEI MORONI ALCHIERI
: JANDIRA ASSMANN
: MARCELO ALCHIERI
: MARIA CRISTINA ZIMMER ALVES
: WANDERLEY DOS SANTOS FERREIRA ALVES
: VILMAR BECHTOLD
ADVOGADO : LEOCIR ROQUE DACROCE
: Jaqueline Milke Silva
: Clarissa Santos Lucena
EMBARGANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 05/05/2015, na seqüência 343, disponibilizada no DE de 24/04/2015, da qual foi intimado(a)

UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

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

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, ATRIBUINDO EFEITOS INFRINGENTES AO JULGADO, PARA NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES, BEM COMO POR ACOLHER O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA.

RELATOR
ACÓRDÃO : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
VOTANTE(S) : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
: Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
: Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7524671v1** e, se solicitado, do código CRC **F2DAEE9F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Data e Hora: 05/05/2015 09:56