



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO

Processo nº 1999.03.00.004554-2

Agravantes: Edmundo Aguiar Ribeiro e outros

Agravado: Ministério Público Federal

Parte R: Almiro Barce de Lima e outros

Relatora: Des. Fed. Ramza Tartuce – Quinta Turma

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Terras Indígenas. Liminar que deferiu a posse à comunidade indígena a uma área a ser previamente estabelecida pelos envolvidos. Legitimidade do Ministério Público Federal. Ação Cautelar de Produção Antecipada de Prova não previne a competência. Compatibilidade das decisões que deferiram a produção antecipada de prova e a liminar na ACP. Presente a relevância do direito invocado pelo MPF ante a conclusão do laudo antropológico realizado pela FUNAI. Perigo da demora na privação dos indígenas da usufruto da área por eles tradicionalmente ocupada. Constitucionalidade do Decreto 1775/96. Declaração da área como terra indígena, presunção de legitimidade e veracidade, presunção *juris tantum* a ser ilidida por quem a impugna. Pelo improvimento do recurso.

Egrégio Tribunal

Doutos Julgadores

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Edmundo Aguiar Ribeiro, Maria José Abreu, Jatobá – Agricultura, Pecuária e Indústria S/A e Muralha Planejamento e Projetos de Engenharia Ltda, contra decisão proferida pelo Juízo da 1.^a Vara da Justiça Federal de Dourados – 2.^a Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul, acostada às fls. 34/38, que concedeu a liminar nos Autos da Ação Civil Pública nº 98.2000924-3, proposta pelo Ministério Público Federal contra os agravantes e outros, para determinar que, no prazo de dez dias, fosse provisoriamente destacada uma área de terras para habitação dos indígenas, a ser escolhida de comum acordo por todas as partes interessadas (o MPF, a comunidade indígena representada

pela FUNAI e os requeridos) dentro da área chamada Potrero Guaçu, prosseguindo a Administração Pública nos trabalhos de demarcação, até ulterior decisão daquele juízo. Fixou multa diária no valor de R\$ 500,00, caso não fosse dado cumprimento à decisão no prazo assinalado, bem assim sujeitando o infrator a processo por crime de desobediência.

Alegam os agravantes, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar Ação Civil Pública, por ser a defesa dos interesses indígenas atribuição da FUNAI; que a Ação Civil Pública é conexa com as medidas cautelares de produção antecipada de provas por eles propostas, mas não foi determinada a reunião dos processos, o que permitiu fosse proferida a decisão ora atacada que conflita com as decisões proferidas nas naquelas ações, onde foi deferida a produção antecipada de provas, na medida que a permanência dos indígenas na área pode descaracterizá-la como área produtiva.

No mérito, aduzem que são proprietários e legítimos possuidores das Fazendas Ouro Verde, Jatobá e Nova Fronteira, cujos títulos definitivos de propriedade foram expedidos pelo Estado do Mato Grosso nos anos de 1952 e 1960, as quais atenderiam a sua função social, eis que seriam produtivas e empregariam inúmeras famílias. Aduzem que sofreram esbulho possessório por parte dos Índios Guarani advindos da Aldeia Pirajuí e do Paraguai (localidade Mboi Jaguá), e que o objetivo da ocupação era acelerar o Processo Administrativo de Identificação e Demarcação da Terra Indígena Potreiro Guaçu. Dessa forma, estariam ausentes os requisitos autorizadores da liminar, que na verdade configuraria verdadeira tutela antecipada, pois permitiu que os indígenas ocupassem a área objeto de processo de demarcação antes da conclusão do processo de demarcação, com base em informações contidas em laudo antropológico que aduzem ser insubsistentes. Impugnam, ainda, a decisão agravada na parte que determinou que lhes incumbe a demonstração de que a área objeto do processo de demarcação não é terra indígena. Por fim, sustentam a inconstitucionalidade do Decreto nº 1.775.

Às fls. 1584/1585 a Desembargadora Federal Relatora negou seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento, com fundamento no artigo 557, do Código de Processo Civil.

Contra essa decisão, os agravantes interpuseram recurso de Agravo, requerendo que a Desembargadora Federal Relatora reconsiderasse a decisão agravada ou, caso assim não entendesse, fosse o recurso levado a julgamento pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1590/1599).

A Desembargadora Federal Relatora manteve a sua decisão agravada pelos seus próprios fundamentos e determinou a intimação do Ministério Público Federal para, após, levar o Agravo a julgamento pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1605/1606).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso de Agravo (fls. 1609/1612).

Levado a julgamento o recurso de Agravo, a E. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu-lhe provimento (fls. 1635), restando assim ementado:

Direito Processual Civil – Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) – Negativa de Seguimento a Agravo de Instrumento – Fundamento: Manifesta improcedência - Pedido de concessão do efeito suspensivo – conhecimento e provimento parciais.

1 – Parece incabível a qualificação de manifesta improcedência a recurso integrado em lide complexa, desenvolvida em várias ações autônomas, com lastro em farta prova documental. O juízo de certeza exigido pela norma legal excepcional não se enquadra neste contexto processual.

2 – Não pode ser conhecido o pedido de efeito suspensivo, pelo colegiado, porque o provimento do recurso devolve ao relator, seu juiz natural, a apreciação da matéria.

3 – Conhecimento e provimento parciais do recurso.

De fls. 1640 consta despacho da Desembargadora Federal Relatora determinando a requisição de informações sobre o estágio da Ação Civil Pública originária ao juiz da causa para análise do pedido de concessão de efeito suspensivo no Agravo de Instrumento, que foram prestadas às fls. 1645, informando que em 09.04.2001 encontrava-se em fase de registro para sentença e que na Ação Cautelar de Produção Antecipada de Prova foi determinada a perícia antropológica.

Às fls. 1648/1649 a douta Relatora indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, mantendo a liminar concedida na Ação Civil Pública. Foram solicitadas informações ao Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados.

Contra essa decisão, os agravantes interpuseram novo recurso de Agravo, sustentando a necessidade de concessão do efeito suspensivo, ante à possibilidade de seu cumprimento resultar lesão grave e de difícil reparação, na medida que com a posse dos índios sobre as áreas que seriam de sua propriedade descaracterizaria a área, impossibilitando o cumprimento da decisão proferida na medida cautelar de produção antecipada de provas, bem assim inviabilizaria a sua exploração econômica. Aduzem ainda ausência de verossimilhança nas alegações do Ministério Público Federal de que a área é terra tradicionalmente ocupada por indígenas e que não existe perigo na demora na concessão da tutela pretendida na Ação civil Pública, na medida que os índios que pretendem ocupar as áreas das Fazendas de suas propriedades estavam assentados há mais de 30 anos na Reserva de Pirajuí, razão pela qual requereram a reconsideração da decisão que indeferiu o efeito suspensivo ou a submissão do presente recurso a julgamento pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1656/1664).

Em informações do MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados, em 09.04.2002, consta que o Ministério Público Federal noticiou nos autos da Ação Civil Pública a ocorrência de fatos ilegais (invasão da aldeia e incêndio de 23 das 25 casas existentes, disparos de armas de fogo, ameaças de morte, lesões corporais) por parte de alguns réus naquela ação, visando expulsar os índios da área onde estavam assentados em razão do acordo firmado entre as partes, por força da liminar concedida, no qual ficou estabelecido que os índios permaneceriam numa área de 264,01 hectares dos 4.025

hectares objeto do procedimento de demarcação da TI Potrero Guaçu. Informou ainda que, naquela data, os autos aguardavam a efetivação das citações de todos os réus.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões ao Agravo de Instrumento às fls. 2081/2099, pugnando fossem afastadas as preliminares arguidas pelos agravantes, eis que o Ministério Público Federal tem legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública originária, eis que visa defender interesses indígenas, atribuição que lhe é conferida constitucionalmente e legalmente, nos termos dos artigos 129, inciso V, da CF e art. 5º, inciso III, “e”, da Lei Complementar nº 75/93, independentemente de qualquer elemento extraprocessual; bem assim ante a compatibilidade da decisão liminar concedida na Ação Civil Pública e o deferimento da produção antecipada de provas deferidas aos agravantes nas ações cautelares por eles propostas, posto que foi determinado que os indígenas ocupassem uma pequena área nas fazendas ocupadas pelos agravantes.

No mérito aduziu o *Parquet* Federal que estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar na Ação Civil Pública, posto que a pretensão ministerial está calcada no laudo antropológico realizado pela FUNAI no procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Potrero Guaçu, posteriormente confirmado pelo laudo do perito judicial e no fundado receio de dano à comunidade indígena, que foi retirada à força da terra que tradicionalmente habitavam e deslocados para a Reserva Pirajuí e vem enfrentando dificuldades para se manterem como grupo, ante a insuficiência dos recursos para sua manutenção. Alegou ainda que, reconhecida a área como terra indígena, portanto de propriedade da União, os títulos de propriedade privada de que dispõem os agravantes são nulos, não produzindo nenhum efeito jurídico. Por fim, sustentou a constitucionalidade do Decreto nº 1775/96 e que a inversão do ônus da prova determinada na decisão agravada decorre da presunção de legitimidade e veracidade de que goza o ato administrativo, ante o reconhecimento da área objeto deste recurso ter sido reconhecida como terra indígena por perito da FUNAI e que os valores que se pretendem proteger por meio da ação civil pública não podem ser analisados sob o axioma patrimonial.

Por força do despacho de fls. 2104/2105, vieram os autos ao Ministério Público Federal para manifestação na condição de *custus legis*.

É o relatório. Passo a opinar.

As preliminares arguidas pelos agravantes não merecem guarida.

A legitimidade e o interesse do Ministério Público Federal para atuar na tutela dos direitos e interesses das comunidades indígenas vêm estampados em dispositivo da Constituição Federal:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas."

Do dispositivo constitucional evidencia-se a legitimidade do Ministério Público Federal para atuar na tutela dos direitos e interesses dos indígenas no caso em tela, eis que compete ao órgão ministerial intervir na defesa das comunidades indígenas, nos termos do artigo 232 da Constituição Federal.

Nesse sentido também é o que dispõe o artigo 75, artigo 5º, inciso III, alínea "e", da Lei Complementar nº 75/93:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

- a) o patrimônio nacional;*
- b) o patrimônio público e social;*
- c) o patrimônio cultural brasileiro;*
- d) o meio ambiente;*

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Por interesse deve-se entender toda a esfera de proteção de que necessita a comunidade indígena, não só patrimonial, como querem entender os agravantes ao sustentarem que somente se a área já fosse reconhecida como terra indígena que seria reconhecida a atribuição para a atuação do Ministério Público Federal.

Nesse sentido já decidiu esse E. Tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU A DEMARCAÇÃO DA FAZENDA DA PARTE AUTORA, PARA

IMPLANTAÇÃO DE RESERVA INDÍGENA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ATUAÇÃO NO FEITO NA CONDIÇÃO DE CUSTOS LEGIS. DESCACABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Ministério Público tem legitimidade para atuar como parte na defesa dos interesses indígenas, podendo requerer proteção cautelar quando a FUNAI não o tenha feito.

II – A possibilidade de ingresso da comunidade indígena GUARANI KAIOWA na relação processual não faz dela litisconsorte passivo necessário. Salvo iniciativa da própria comunidade, seus interesses devem ser representados coletivamente por quem pode, em seu nome, figurar em juízo. E nisto, a presença do Ministério Público Federal, como não bastasse a do INCRA e a da União, completa a relação processual.

IV – Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Segunda Turma, AI 2008.03.00.039637-8, Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff, julgado em 09.06.2009).

Também não merece guarida a alegação dos agravantes de que o juízo competente para conhecer da Ação Civil Pública é o juízo da 1ª Vara Federal de Dourados, por força da anterior distribuição das Ações Cautelares de Produção

Antecipada de Provas, face ao cunho satisfativo e natureza não contenciosa dessas medidas, que visam perpetuar uma situação de fato tão somente, ante a possibilidade de se perderem os vestígios necessários à sua comprovação, sem juízo de mérito sobre o objeto da lide principal, não havendo risco de serem proferidas decisões conflitantes.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AC. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PREVENÇÃO. CONEXÃO. INOCORRÊNCIA.

A ação cautelar de produção antecipada de provas não previne a competência para a ação principal, pelo cunho satisfativo e natureza não contenciosa da medida. Inaplicabilidade do art. 800 do CPC em ação cautelar de cunho satisfativo.

Sentença que extingue o feito em decorrência de decisão extintiva da ação principal. Inocorrência de conexão e dependência. Inexistindo identidade entre o objeto ou causa de pedir das ações, não se reconhece a conexão e a dependência. Como a sentença da ação cautelar de produção antecipada de prova é meramente homologatória, sem valoração dos elementos de prova e sem litigiosidade, inexistente risco de contrariedade nas decisões da cautelar e da principal, afastando também a possibilidade de conexão instrumental e por conveniência e economia processual. Cabível, na hipótese, homologação imediata do laudo pericial elaborado nos autos, por aplicação do disposto no § 3º do art. 515 do CPC. Provimento do apelo para, em desconstituindo a sentença, homologar o laudo pericial. (Apelação Cível Nº 70017779208, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 25/10/2007)

Ademais, a liminar proferida na Ação Civil Pública não inviabiliza a execução da produção antecipada de prova deferida nas medidas cautelares propostas pelos ora agravantes – Processo nº 98.2000962-6, 98.20001086-1, tanto que foram realizados de forma satisfatória, tendo sido realizado inclusive laudos por assistente técnico nomeado pelos agravantes.

De outro giro, a ausência de prejuízo para a prova pericial é facilmente verificado em razão de ter sido determinado na liminar que fosse acordado entre os envolvidos a disponibilização de uma pequena área para o alojamento da comunidade indígena, tendo sido firmado acordo em 21.01.2000 para que os indígenas ocupassem 264,01 hectares dos 4.025 hectares objeto do procedimento de demarcação da TI Potrero Guaçu (fls. 1667/1668).

A prova pericial antropológica visa determinar se a área objeto de prova é terra tradicionalmente indígena, nos termos do artigo 231, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que *são terras tradicionalmente ocupadas por 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*, não interferindo em seu resultado o fato da área ser explorada economicamente ou não, bem assim a ocupação de pequena parte da área por determinado grupo de indígenas, por força da decisão judicial, eis que tal fato será de conhecimento dos peritos, na realização da perícia.

De outro lado, tal argumento resta prejudicado em razão de já terem sido concluídas as provas periciais pleiteadas nas medidas cautelares de produção antecipada de provas.

No mérito, os agravantes sustentam que estão ausentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar na Ação Civil Pública.

Com efeito, o artigo 12 da Lei nº 7.347/85 autoriza o juiz conceder a medida liminar na ação civil pública, se presente a relevância do direito invocado e o risco de lesão irreparável ou de difícil reparação em vista da eventual demora e a plausibilidade do direito, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil, que trata do poder cautelar do juízo. Ademais, doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto à possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede de Ação Civil Pública, ante a presença dos requisitos autorizadores previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, verossimilhança das alegações do autor e fundado receio de dano

irreparável ou de difícil reparação ou restar demonstrado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A presente Ação Civil Pública foi proposta pelo Ministério Público Federal em face dos agravantes e outros, pleiteando a condenação dos réus na obrigação de fazer cumulada com não fazer, visando assegurar os trabalhos de reocupação da área indígena Potrero Guaçu, localizada no Município de Paranhos/Ms, ocupada pelos agravantes que alegam que possuem títulos dominiais das referidas áreas, bem assim estabelecer de forma definitiva a demarcação da área e garantir aos índios da comunidade indígena a sua sobrevivência física e cultural.

À época da propositura da Ação Civil Pública o processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Potrero Guaçu estava em curso, sendo certo que o laudo antropológico já havia sido realizado e era conclusivo no sentido de que a área objeto da demarcação era terra ocupada tradicionalmente por indígenas, o que gerou conflitos entre os indígenas e os ocupantes das terras.

A Ação Civil Pública foi ajuizada em 05.08.1998 em razão de ter sido concedida liminar em favor de alguns dos réus, em Ação de Reintegração de Posse, cujo prazo para os indígenas desocuparem a área terminava em 06.08.1998.

Verifica-se, assim, que os agravantes aduzem existir um conflito do seu direito à propriedade, assegurado pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e a tutela das populações indígenas, previsto no artigo 231 e 232 da Constituição Federal.

A posse indígena da terra foi protegida por todas as Constituições Federais e definida pela atual não apenas em razão da presença física dos índios ou de seus aldeamentos, mas, também, em razão de necessidades vitais e culturais das comunidades étnicas a que pertencem, de forma que a tutela ao índio visa garantir sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Dispõe o art. 231, caput, da Constituição Federal, que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente

ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Essa proteção constitucional à posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam é o reconhecimento do instituto do indigenato, direito congênito, originário, primário dos indígenas às suas terras:

Art. 231. CF. São reconhecidas aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União Federal demarcá-las, proteger e fazer respeitar 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 nela 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, garantindo, 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 de terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do

solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado o interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

José Afonso da Silva leciona que:

“ A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois, a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil.”

E mais adiante:

“A base do conceito acha-se no art. 231, § 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

(...)

Nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual

título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro, porque não há títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição de propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato.

O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelos quais se deslocam, etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.” (in “Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª edição, São Paulo, Malheiros editores, p. 780 e 782).

É certo que o objetivo fundamental da Constituição Federal é resguardar a dignidade da pessoa humana, o que, em relação aos povos indígenas, impõe seja respeitado o seu modo de vida tradicional e a ocupação que tenha sido atestada por especialistas como tal, conforme dispõe o artigo 231 da Carta Magna (TRF 3ª Região – Quinta Turma – AG 223330/ MS – Relatora: Des. Fed. Ramza Tartuce – DJU 13/09/2005, p. 300).

Em diligência junto ao endereço eletrônico do Ministério da Justiça, o *Parquet* Federal apurou que, em 13.04.2000, o Ministro de Estado da Justiça editou a Portaria nº 298, que declarou de posse permanente do Grupo Indígena Guarani-Ñhandeva a Terra Indígena Potrero-Guaçu, conforme cópia do Diário Oficial da União que segue em anexo.

Desse modo, verifica-se que não merece prevalecer a alegação dos agravantes de que são proprietários e legítimos possuidores das Fazendas Ouro Verde, Jatobá e Nova Fronteira, cujos títulos de propriedade foram expedidos pelo Estado do

Mato Grosso, ante o reconhecimento de que são de propriedade da União e de usufruto permanente dos indígenas, por força do seu reconhecimento como terra indígena.

Por outro prisma, impõe ressaltar que a alegação dos agravantes de que a área é produtiva e atende a sua função social não afasta a comprovação da tradicionalidade da sua ocupação por indígenas, conforme comprovado no laudo antropológico e não interfere na determinação da posse da área pelos indígenas desde logo, cuja posse lhes é assegurada pelo texto constitucional – art. 231.

O laudo antropológico realizado administrativamente pela FUNAI é confirmado pelo laudo pericial realizado nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas nº 98.2001086-1, que concluiu pela sedentariedade dos índios Guarani na área de Potrero-Guaçu, cuja expulsão da terra indígena deu-se a partir de 1938, em razão do projeto de implantação de assentamento levado a efeito pelo INCRA, data a partir da qual o Estado do Mato Grosso passou a doar terras a quem se dispusesse a habitá-la, passando os indígenas que a habitavam a trabalhar nas lavouras. Por volta da década de 70 eles foram remanejados para a Reserva do Pirajuí, composta também por indígenas da Nação Guarani, embora não fosse aquela a sua terra tradicional, o que violou direito fundamental da Comunidade Indígena de Potrero-Guaçu de viver conforme seu modo de vida tradicional e a ocupar a sua terra, com a qual mantém vínculos históricos e culturais.

Por outro lado, a ocupação de boa-fé da terra indígena garante aos ocupantes o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé, conforme, aliás, já vem procedendo a FUNAI, estando na fase conclusiva de apuração dos valores que lhes são devidos, conforme informação publicada no Diário Oficial da União de 06.062008.

O perigo da demora também restou bem delineado na r. decisão agravada, que destacou que “a comunidade indígena Guarani-Ñhandeva mantém com seu *habitat* laços históricos e culturais, necessários e indispensáveis à sua própria preservação como grupo definido e o não deferimento da liminar poderá ensejar o agravamento da ameaça de extinção que sobre tal comunidade paira”.

A alegação de inconstitucionalidade do processo administrativo de demarcação de terra indígena, conforme estabelecido no Decreto nº 1775/1996, também não merece guarida.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 231, reconhece aos índios o direito à organização social própria, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cometendo à União o dever de demarcar tais terras, além de proteger e fazer respeitar todos os seus bens, definindo no seu § 1º quais são as terras tradicionalmente ocupadas por eles.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, por sua vez, rege-se pela Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio – e pelo Decreto nº 1775/96, que traz todas as especificidades do rito do processo administrativo em comento:

Lei nº 6.001/73

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. 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.

Decreto nº 1775/1996:

Art. 1º. As terras indígenas, de que tratam o artigo 17, I, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o artigo 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

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.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 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.

Do texto do § 8º acima citado, verifica-se que o Decreto nº 1775/96 assegura aos interessados no procedimento de demarcação o direito de se manifestarem e produzirem provas no âmbito do processo administrativo, desde o seu início, que se dá com a edição da portaria que determina a realização dos estudos técnicos, nos termos do *caput* do seu artigo 2º.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também é no sentido que o Decreto nº 1775/96 assegura o contraditório e ampla defesa durante todo o processo administrativo de demarcação de terra indígena, rito que não era previsto no Decreto nº 22/91, que o antecedeu, razão pela qual o primeiro assegurou o contraditório diferido para os processos de demarcação que estavam em curso na data da sua edição, em 1996:

Mandado de segurança. - Tendo sido editado o Decreto nº 1775/96, que garantiu o contraditório e a ampla defesa também aos proprietários que já estavam com seus imóveis demarcados como terras indígenas desde que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, e, portanto, estando ainda em curso a demarcação, ficaram prejudicados o incidente de inconstitucionalidade relativamente ao Decreto nº 22/91 e a alegação de cerceamento de defesa. - De há muito (assim, a título de exemplo, nos MS 20.751, 20.723, 20.215, 20.234, 20.453 e 21.575), esta Corte vem acentuando que a comprovação, quando contestada como no caso o foi, da inexistência da posse indígena não se faz de plano, mas, ao contrário, necessita da produção de provas, inclusive pericial, sendo, assim, questão de fato controvertida, insusceptível de ser apreciada em mandado de segurança que exige a certeza e a liquidez do direito. Mandado de segurança que se julga prejudicado em parte e na outra parte é ele indeferido, ressalvadas, porém, ao impetrante as vias ordinárias. (STF, Tribunal Pleno, Relator Moreira Alves, MS 21.649, DJ de 15.12.2000).

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA. Imprescindibilidade de citação da FUNAI como litisconsorte passiva necessária e ausência de direito líquido e certo, por tratar a questão de matéria fática. Preliminares rejeitadas. Ao estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida. (STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, MS 24045, DJ 05.08.2005)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE ÁREA INDÍGENA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. DECRETO Nº 22, DE 04/02/91. DECRETO Nº 1.775, DE 08/01/96.

1 - Mesmo que o procedimento administrativo tenha se iniciado sob o amparo do Decreto nº 22, de 04/02/91, há necessidade de serem respeitadas as normas insertas no Decreto nº 1.775, de 08/01/96, as quais prestigiam os princípios da ampla defesa e do contraditório.

2 - "O aproveitamento dos atos praticados na vigência do Decreto nº 22/91 depende da respectiva compatibilidade com os princípios estabelecidos no Decreto 1.775/96. Quer dizer, este só retroage se o novo regime nada dispuser de essencial a propósito do ato praticado" (STJ, MS 4.693/DF, Rel. p/ ac. Min. Ari Pargendler, DJU 02/02/98).

3 - Precedentes.

4- Segurança concedida para o fim de se anular a Portaria nº 967, de 24 de setembro de 1997, determinando que o processo administrativo retorne à fase das publicações prevista no Decreto 1.775/96.

(STJ, Primeira Seção, Relator Ministro José Delgado, MS 5609, DJ 20.11.2000).

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DA JUSTIÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.

1. Concede-se liminar a mandado de segurança para suspender ato determinador de demarcação de terras indígenas quando, em juízo provisório, reconhece-se a presença da fumaça do bom direito e do "periculum in mora", por haver prova de que, na fase administrativa, o devido processo legal não foi obedecido.

2. Cerceamento de defesa caracterizado, inicialmente, por ter sido formulado, sem atendimento, pedido à FUNAI, a fim de instruir alegações no sentido de comprovar que as terras do impetrante não são indígenas.

3. Processo administrativo a que o impetrante não teve acesso.

4. Liminar concedida para suspender os efeitos da Portaria nº 1.289, de 30 de 2005, no referente ao impetrante.

5. Agravo regimental provido.

(STJ, Primeira Seção, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 12.02.2007).

O Decreto nº 1775/96 garante aos interessados no processo administrativo de demarcação de terra indígena a ciência de todos os atos do procedimento, bem assim o direito de terem seus títulos de domínio examinados pela comissão e de produzirem provas consistentes em laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias, mapas, etc, antes da conclusão do relatório do grupo técnico.

Dessa forma, ante a legalidade do procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, verifica-se que a declaração de que os imóveis objeto do atual litígio representam terras de ocupação tradicional indígena pela Portaria do Ministério da Justiça nº 298, de 13.04.2000, conforme referido acima, goza dos atributos de legitimidade e veracidade, presunção *juris tantum* que pode ser elidida por quem impugna o referido ato administrativo, razão pela qual foi determinado na r. decisão recorrida que competia aos agravantes e demais réus na Ação Civil Pública demonstrarem que a área não é terra indígena, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal.

Ante o exposto, opina o **Ministério Público Federal** pelo improvimento do agravo de instrumento, mantendo-se, assim, a r. decisão agravada.

São Paulo, 11 de julho de 2011

Maria Luísa Rodrigues de Lima Carvalho
PROCURADORA REGIONAL DA REPÚBLICA