MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR :MIN. TEORI ZAVASCKI
AGTE.(S) :TALES OSCAR CASTELO BRANCO
ADV.(A/S) :TIAGO BANA FRANCO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) :UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) :FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL FEDERAL

MEMORIAL

O presente acórdão, objeto de dois embargos de declaração, findou por dar provimento a recurso extraordinário em que se pleiteava a nulidade dos atos administrativos de reconhecimento da Terra Indígena Limão Verde, de uso tradicional do povo Terena, em Mato Grosso do Sul.

Valeu-se, para tanto, da ausência de dois pressupostos tidos por indispensáveis no julgamento da Pet 3.388 (Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010): ocupação indígena na área disputada, em outubro de 1988, e demonstração de esbulho renitente.

Em relação a esse último aspecto, consignou:

> "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."

Especialmente quanto às "circunstâncias de fato", não teve como hábeis à demonstração de resistência ao esbulho "(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."

Toda essa compreensão, tomada em seu conjunto, não leva em conta o próprio laudo antropológico, o regime jurídico a que estavam submetidos os povos indígenas do Brasil e as possibilidades concretas de resistência em face do esbulho de suas terras. Tais omissões serão desenvolvidas a seguir.

- Ocupação em outubro/1988

O art. 231 da CF estatui que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

Foi com base na literalidade dessa norma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, decidiu que deveria haver ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988. Nas palavras do Min. Menezes Direito, o grande articulador dessa ideia força a guiar a demarcação de terras indígenas:

> "Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio *'tradicionalmente'* e pelo verbo *'ocupam'*, é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas."

O primeiro requisito a ser observado é a ocupação, a presença indígena na área, em outubro de 1988. Mas essa ocupação não se traduz necessariamente na edificação de habitações. Aliás, diferente fosse, a Área Indígena Raposa Serra do Sol não teria tido o endosso do STF para a sua demarcação contínua; estaria distribuída em ilhas correspondentes a tantos quantos fossem os núcleos residenciais.

De resto, a exigência de habitações para a configuração de uma área indígena é a subversão do paradigma da atualidade na matéria, que ancora o processo de demarcação no modo de organização social do próprio grupo.

Retornando ao Min. Menezes Direito, ele desenvolve a teoria do "fato indígena" em amplitude maior do que aquela apresentada em momento anterior pelo Min. Nelson Jobim. Assim, o fato indígena, que vai permitir a caracterização de uma área indígena, requer a concorrência dos seguintes fatores: (a) temporal - ocupação que se inicia no passado e persiste por ocasião da promulgação de 1988; "(b) econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo; (c) ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar; (d) cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica".

Pois bem, o acórdão ora sob exame transcreve o seguinte trecho do laudo antropológico:

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

Ou seja, o que o laudo revela, textualmente, é que não havia mais habitação indígena na área da fazenda Santa Bárbara a partir de 1953, mas a ocupação persistiu até os dias de sua elaboração[1], com os indígenas fazendo uso, naquela área, de recursos naturais e ambientais, mediante caça e coleta.

Diante dessa informação, fica difícil afirmar, sem um mínimo de problematização, que não havia ocupação indígena na fazenda Santa Bárbara em outubro de 1988.

Uma leitura completa do laudo, ao contrário, reforça a convicção de estar presente o requisito temporal, na medida em que, tradicionalmente, as habitações da área indígena Limão Verde se localizavam ao longo dos rios, sendo que, na região da serra, onde se situa a fazenda Santa Bárbara, desenvolvia-se, tal como na atualidade, principalmente atividade de caça e coleta.

Portanto, das duas, uma: ou se conclui pela ocupação tradicional indígena em outubro de 1988 na fazenda Santa Bárbara, diante do que afirma o laudo antropológico, ou se entende que essa passagem do

---

1 Trata-se de laudo produzido por perito do juízo, apresentado em 3/set/2008 nos autos da ação que dá origem ao presente recurso (proc. 2003.60.00.011984-3)

laudo precisa ser analisada à vista da sua inteireza e do confronto com outras provas, o que resultaria na inviabilidade do recurso, em face do óbice da Súmula 279-STF[2].

- O regime jurídico indígena antes de 1988

Existe um consenso bastante forte em torno do fato de que a dominação colonial constrói o outro em termos de inferioridade, diferença hierárquica e distância temporal, circunstâncias que só poderão ser superadas mediante a sua incorporação total na cultura ocidental[3]. Os indígenas, aqui e na América espanhola, eram considerados seres inferiores, que viviam no passado, em uma etapa da evolução humana de há muito superada[4]. Essa concepção, de incapacidade dos indígenas de fundar e fazer funcionar suas próprias instituições, é central no projeto colonial. Daí a instituição, desde cedo, em seu favor, de um regime de natureza tutelar.

O "procurador dos índios" é uma figura mencionada no Alvará de 26/7/1596, na Lei de 9/4/1655 e no Regimento das Missões de 1686, sempre no sentido de ser alguém encarregado de requerer justiça em nome dos indígenas[5].

Mas a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios, e o correlato regime jurídico da tutela vão materializar-se organizadamente no Decreto 5.484[6], de 27 de junho de

2 "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

3 ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontífica Universidad Javeriana, 2009, p. 40

4 Nas palavras de Manuela Carneiro da Cunha: "A partir do terceiro quartel do século XIX, novas teorias afirmam não mais que os índios são a velhice prematura da humanidade, mas antes a sua infância: um evolucionismo sumário consagra os índios e outros tantos povos não ocidentais como "primitivos", testemunhos de uma era pela qual já teríamos passado: fósseis, de certa forma, milagrosamente preservados nas matas e que, mantidos em puerilidade prolongada, teriam no entanto por destino acederem a esse télos que é a sociedade ocidental". *Índios do Brasil: história, direitos e cidadania,* 1ª ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 60.

5 CUNHA, Manuela Carneiro da (coord). *História dos índios no Brasil,* 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 121

6 Antes, o Código Civil de 1916, previa, em seu art. 6, IV, a incapacidade relativa dos "silvícolas" e estabelecia em seu parágrafo único "os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em

1928. Esse ato normativo, que disciplinava "a situação dos indios nascidos no território nacional", dispunha em seu art. 6º que "os indios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultados aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos indios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito". O Estatuto do Índio de 1973 (Lei 6.001, de 19 de dezembro) mantém inalterado esse cenário jurídico: incapacidade relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio da "defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas".

Em 1967, foi constituída uma comissão para apurar irregularidades no Serviço de Proteção aos Índios, cujas conclusões estão consolidadas em documento que se tornou conhecido como "Relatório Figueiredo", de autoria do procurador Jader Figueiredo[7]. As investigações, restritas de início aos anos de 1962 e 1963, evidenciaram que "a geral corrupção e a anarquia total foram imperantes no SPI em tôda a sua área como, também, através dos tempos. Eis alguns importantes trechos:

> "Nêsse regime de baraço e cutelo viveu o SPI muitos anos. A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos Postos Indígenas.
> Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam de rotina e só chamavam a atenção quando, aplicados de modo exagerado, ocasionavam a invalidez ou a morte.

leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

7 Esse documento foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic e veio a público em abril de 2013, em reportagem de Felipe Canedo, do jornal "Estado de São Paulo", intitulada "A história que o Brasil escondeu". Relatório acessível em http://www.direitosocioambiental.com.br/relatorio-figueiredo/

> Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. Via-se, então filho espancar mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante.
> O "tronco" era, todavia, o mais encontradiço de todos os castigos, imperando na 7ª Inspetoria. Consistia na trituração do tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente.
> Tanto sofreram os índios na peia e no "tronco" que, embora o Código Penal capitule como crime a prisão em cárcere privado, deve-se saudar a adoção dêsse dito como um inegável progresso no exercício da "proteção ao índio".
> Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI.
> Isso porque, de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário".
> (…)
> "O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumàriamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada".
> (…)
> "A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios, mas raros escaparam dos crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena".

Ao final, sumariando os inúmeros crimes cometidos contra os indígenas pelo SPI, o relatório expressamente consigna a "doação criminosa de terras" e a "adulteração de documentos oficiais".

O SPI, criado em 1910, é extinto em 1967 e sucedido, no mesmo ano, pela Fundação Nacional do Índio – Funai.

A Comissão Nacional da Verdade, no seu relatório final, em capítulo intitulado “violações de direitos humanos dos povos indígenas”, registra que o novo órgão tutor seguiu reproduzindo as práticas de seu antecessor, especialmente a apropriação das terras indígenas e remoções forçadas de povos, alguns para junto de inimigos tradicionais. Consta do documento:

> “Denúncias de que as transferências forçadas não serviam apenas para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para liberar terras indígenas para a implantação de projetos agroindustriais são frequentes na CPI da Funai de 1977. O sertanista Cotrim Neto reforça esse ponto, afirmando que 'seu trabalho na Funai tem se limitado a simples administrador de interesses de grupos econômicos e segmentos nacionais, dada a política de concessão de áreas indígenas pela Funai […]' (*Folha de São Paulo* de 20/5/1972).

Ou seja, desde a colônia até a Constituição de 1988, os indígenas brasileiros (i) não tinham acesso, por si próprios, ao sistema de Justiça; (ii) dependiam, para tal fim, de órgãos tutelares; (iii) estiveram sujeitos, desde 1910, ao SPI e à Funai, que atuavam contra seus interesses, especialmente no que diz respeito às suas terras.

Nesse cenário, é de se perguntar: quais as possibilidades reais de resistência dos indígenas ao esbulho de suas terras? Não é certamente pela via judicial, pois não tinham como acioná-la. A lei os impedia. E aqueles designados para fazê-lo em seu nome permaneciam intencionalmente inertes.

Seria pelo enfrentamento direto? A questão permite inúmeros desdobramentos. O primeiro, e talvez mais óbvio, era a inegável desproporção de força e poder entre os indígenas e aqueles que vinham ocupar as suas terras. Estes contavam com o total apoio do Estado,

inclusive do órgão tutelar. De modo que a disputa física resultaria inevitavelmente em morte de indígenas ou na neutralização de sua ofensiva pelos instrumentos do direito penal. Por outro lado, carece de razoabilidade a inferência de que o reconhecimento de um direito fique a depender de que o seu titular, previamente, tenha feito ou tentado fazer "justiça pelas próprias mãos". De resto, há grupos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis.

Ora, numa sociedade normativamente plural, como ocorre com a nossa, as possibilidades de resistência a uma situação de injustiça devem ser aferidas concretamente, e não a partir de um modelo ideal, via de regra encarnado no grupo majoritário. E a resistência possível aos terena de Limão Verde foi aquela descrita no acórdão: requerimentos aos órgãos de Estado, em especial os tutelares, para que agissem na defesa de suas terras.

A desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do "esbulho renitente" se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional, que recusou aos indígenas capacidade plena de exercício de direitos.

Por essas razões, o Ministério Público Federal aguarda o recebimento dos embargos, emprestando-lhes efeitos modificativos, de modo a não conhecer do recurso extraordinário ou, sucessivamente, julgá-lo improcedente.

Brasília, 10 de junho de 2015.

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira
Subprocuradora-Geral da República