



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM ERECHIM/RS
1º OFÍCIO

MERITÍSSIMO JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE ERECHIM/RS.

Autos n.º 5004427-72.2012.404.7117

I) A Demanda

ADELINO LOURENÇO MORANDINI e OUTROS ajuizaram a presente demanda contra a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO e UNIÃO, buscando, em brevíssima síntese, a anulação do Processo Administrativo FUNAI/BSB/1150/07 e da Portaria MJ n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012, a qual declarou a tradicionalidade e a posse permanente em favor do povo indígena Guarani da denominada Terra Indígena de Mato Preto.

Apontam a existência de vícios nos atos administrativos contestados, notadamente pela violação do contraditório e da ampla defesa, supostamente suprimidas na participação dos autores durante o processo demarcatório. Invocam a inconstitucionalidade do Decreto n.º 1.775/96. Negam a presença indígena na área declarada de ocupação tradicional.

Superados os debates, inclusive em sede recursal, sobre a competência para apreciar a demanda, voltaram os autos à instância de piso, onde, depois de indeferida a antecipação de tutela pleiteada (evento 345), seguiu o feito sua marcha regular.

A FUNAI contestou no evento 365, acostando à sua peça a Informação Técnica n.º 185/DPT/2012, relacionada à demarcação da Terra Indígena em testilha.

A contestação da UNIÃO consta do evento 367.

Cópia digital do processo demarcatório juntada ao evento 366.

Réplica pelos autores no evento 370 e parecer do MPF no evento 373.

Na decisão contida no evento 375, esse MM. Juízo Federal instou as partes e o MPF a prestarem informações a respeito da suposta mesa de diálogo instalada para mediar a solução do litígio entre indígenas e agricultores, as quais foram juntadas aos eventos 383 e 386.

A decisão contida no evento 387 indeferiu a produção de prova testemunhal e pericial, sendo, pois, atacada por agravo retido (pelo MPF, conforme consta do evento 394) e por agravo de instrumento (pelos autores, conforme se afere do evento 395, convertido em agravo retido).

As partes apresentaram seus memoriais (eventos 396, 398, 399 e 402).

Vieram, por fim, os autos com vista ao MPF.

É o que há de relevante a ser relatado. Ao parecer.

II) Intervenção do Ministério Público Federal

A espécie atrai a intervenção obrigatória do Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, por força do disposto na parte final do artigo 232 da Constituição Federal, combinado com os artigos 82, III, do Código de Processo Civil e 5º, III, 'e' da Lei Complementar n.º 75/93, gozando, pois, das prerrogativas e faculdades processuais listadas no artigo 83 do Código de Processo Civil.

III) Questões processuais

A União, nos memoriais juntados ao evento 398, suscitou a preliminar de carência de ação em desfavor dos autores, em vista da suposta impossibilidade jurídica dos pedidos aforados na prefacial. Aduziu que a demarcação de terras indígenas constitui atividade de competência privativa do Poder Executivo Federal, vedando-se ao Poder Judiciário interferir nessa esfera, pelo que restaria inviabilizado o acolhimento dos pedidos.

A preliminar não merece acolhida. A um, porque, desde há muito, a doutrina vem afirmando que a “possibilidade jurídica do pedido” não constitui condição da ação, mas sim matéria relacionada ao mérito da demanda. O próprio idealizador da teoria eclética da

ação, Enrico Túlio Liebman, adotada pelo vigente Código de Processo Civil, voltou atrás na sua construção doutrinária e afirmou que a “possibilidade jurídica” não poderia compor as condições da ação. Tarde demais para o Direito Processual Civil brasileiro, que acatou a formulação teórica inicial e a inseriu no texto do CPC ao lado da legitimidade e interesse, sobrevivendo incólume até os dias atuais. Tanto é que a redação do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), acatando toda a evolução doutrinária sobre a matéria, excluiu expressamente a impossibilidade jurídica dentre as matérias suscetíveis de integrarem a defesa preliminar (artigo 337). A dois, porque o Poder Judiciário goza do poder de corrigir as ilegalidades causadas pelo Poder Executivo, sejam elas decorrentes de ação ou omissão, de modo que não se pode admitir que a harmonia entre os poderes se dê sem a possibilidade de intervenção de um, sempre arrazoada e nos limites constitucionais, na esfera de atuação de outro.

Nesse diapasão, a preliminar suscitada não merece prosperar.

Sendo a única defesa processual levantada, passa-se à análise do mérito.

IV) Do mérito

Perseguem os autores a anulação do Processo Administrativo n.º 08620.1150/2007, tramitado na Fundação Nacional do Índio – FUNAI e, em consequência, da Portaria MJ n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012, da lavra do Ministro de Estado da Justiça, a qual, com espeque nas conclusões contidas no aludido procedimento, declarou a ocupação tradicional Guarani e os limites da “Terra Indígena Mato Preto”, situada nos municípios de Erebangó, Erechim e Getúlio Vargas, todos no estado do Rio Grande do Sul. Postulam, ainda, a declaração incidental de inconstitucionalidade do Decreto n.º 1.775/98, norte normativo infraconstitucional do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

A nulidade do procedimento demarcatório (o qual, mesmo depois de mais de uma década, afigura-se longe do fim) decorreria, na tese dos autores, da inexistência de ocupação tradicional indígena no local reivindicado, da preterição de formalidades processuais e da inconstitucionalidade do diploma normativo que embasa o procedimento administrativo.

1. A questão indígena em terrae brasilis. Multiculturalismo e Estado Pluriétnico. Uma introdução necessária.

A resolução da problemática envolvendo indígenas e agricultores passa por discussões que vão muito além da posse, propriedade e ocupação tradicional das terras. A questão, ao fim e ao cabo, é permeada por uma opção cultural de proteção desmedida de interesses puramente econômicos, a qual induz a um choque cultural de tamanha violência que todas as teses jurídicas relacionadas à espécie parecem se desconstruírem como se de pura areia fossem erguidas.

Os discursos corriqueiramente propalados, inclusive nestes autos, revelam um despreço – para não dizer ódio - imenso a movimentos culturais minoritários. Afirmações como aquelas de autoria de membro do Poder Legislativo Federal amplamente noticiadas pela imprensa¹, de líderes políticos locais, agricultores (afetados ou não pela demarcação), e mesmo do órgão de representação jurídica do estado do Rio Grande do Sul que atua neste feito², ganham facilmente o amparo popular porque abraçam a odiosa visão de supremacia de uma raça sobre outra e refletem com precisão a incompatibilidade cultural que se arrasta há mais de quinhentos anos em *terrae brasilis*.

A construção cultural europeia, fundada na supervalorização do trabalho e do capital (como se fossem os únicos símbolos legítimos de dignidade) entra em rota direta de colisão com os valores da cosmovisão, da espiritualidade e do comunitarismo que são próprios das culturas indígenas. Bem ilustra essa afirmação o texto de autoria do indígena Wilson Matos da Silva, *in verbis*:

“Lembro-me de quando um cacique do povo indígena Terena foi convidado para um sobrevoo nas terras indígenas que seriam demarcadas. No voo o

1 Indignas de reprise, mas aferíveis em “<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/02/mantenho-o-que-eu-disse-diz-deputado-luis-carlos-heinze-sobre-questao-da-terra-no-estado-4417626.html>”. Acesso em 11 jun 2015.

2 Que estranhamente, mesmo sem demonstrar nenhum conhecimento sobre direitos indígenas (matéria jurídica, aliás, estranha à atuação estadual), vem sendo francamente convidado a participar de eventos e a discursar contra a causa indígena. Afirmações que reverberaram em todos os discursos de ódio à causa indígena (caso do “chá alucinógeno”, dos supostos laudos fraudulentos emitidos por antropólogos etc) saíram da boca e da pena desse agente público e ganharam as graças (promovendo-o) dos movimentos políticos de frente ruralista.

representante do Governo, do MPF e representante dos fazendeiros. Ao sobrevoarem a divisa da aldeia, o fazendeiro bradou orgulhoso às autoridades: olhem doutores, até aqui está tudo plantado tem de tudo, apontando para sua plantação, e, apontando para a reserva indígena, disse: daqui em diante não tem nada só mata. O sábio cacique Terena, olhou para as autoridades e retrucou: não doutor, é ao contrário, aqui é que não tem nada, apontando para a lavoura do fazendeiro, só tem soja, não tem mais nenhuma vida, o ar esta poluído com o agrotóxico, todos os animais e pássaros morreram ou fugiram para a mata e até a água está poluída; e apontando para a reserva disse olha doutor: aqui tem de tudo paca, porco-do-mato, onça capivara, pássaros etc., até o ar que ele respira - apontou para o fazendeiro - vem da mata de nossas reservas indígenas.

Esta visão de que o índio tem que pensar e agir como o “civilizado”, é a visão integracionista que foi fulminada pela Constituição Federal, é o pensamento de sobreposição cultural, julgando ser o índio sem cultura, ou pior, julgando ser a cultura do “civilizado” melhor que a dos nossos povos. Assim, os nossos valores culturais, para com as nossas terras não são comerciais é o valor da própria vida. O que importa se essas terras de nossas reservas deixarem de “produzir” algumas sacas de soja, por certo não quebrará a balança comercial do país. Para nós os Índios, a matemática não é contábil, para nós o lucro não é material, nossos cânticos não buscam audiências, em nossas preces não negociamos perdão, nossa filosofia é feita com água, terra, mata, urucum, igualdade e, sobretudo, amor a vida.”³

Esse é o pano de fundo da discussão travada pelos autores nestes autos: “dar” ou não a terra para os índios? Permitir ou não um retrocesso no processo colonizatório? Abrir ou não, afinal, mão do símbolo do sucesso da colonização europeia (a propriedade das terras) para quem não fará dela o uso economicamente adequado, ou seja, não explorará o riquíssimo potencial agrícola, sobretudo no cultivo de soja e criação de gado? Retirar ou não os potenciais agrícolas das mãos dos detentores do poder político e econômico? No meio desse jogo, sem vez e sem voz, pequenos – mas centenas deles – agricultores e indígenas.

³ Disponível em “<http://www.progresso.com.br/opiniaowilson-matos/valor-cultural-dos-povos-indigenas>”. Acesso em 11 jun 2015.

O constituinte originário, sabedor de que os interesses majoritários poderiam, no curso da história, ceder às tentações de abolir as conquistas minoritárias em benefício próprio, impôs limites claros e inequívocos às deliberações populares e, da mesma forma, programas inarredáveis de construção para o futuro, dos quais os poderes públicos não podem se desviar. Firmado esse embate, a solução há de se dar em favor da Constituição Federal, ápice do ordenamento jurídico que irradia sua força normativa e serve de fundamento de validade para toda a organização política, administrativa, legislativa ou jurisdicional estatal. Não que isso signifique ignorar as decisões da maioria, mas impõe a construção de um “constitucionalismo democrático”, o qual, “...*além de valorar positivamente o fato de a Constituição ser dotada de supremacia, procura atribuir importância devida às deliberações populares...*”, como bem alerta Daniel Sarmiento⁴.

Ciente, assim, de que a tendência de toda e qualquer civilização majoritária de origem cultural comum é a de suprimir, anular, reduzir, tanto quanto possível, a existência daquelas minoritárias, sobretudo quando estas representarem obstáculos ao avanço e ao enriquecimento daquelas, a Constituição de 1988 inaugurou o que a doutrina constitucionalista vem chamando de “pluriculturalismo”, “multiculturalismo”, ou então, e mais acertadamente, “Estado Pluriétnico”. Abandonou-se, pois, aquela visão de supremacia de uma etnia dominante (sobretudo europeia) sobre as menores para se proteger, em igualdade de condições, todas os segmentos culturais formadores da identidade brasileira, respeitadas as diferenças de cada uma.

É Deborah Duprat Macedo de Britto Pereira, ilustre Subprocuradora-Geral da República, quem esclarece a origem e o destino dessa doutrina:

“A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos [CF e Convenção n.º 169], é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo

⁴In Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de Trabalho. ed. Fórum, 2014, p. 29

ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.

(...)

Com Kant, inaugura-se a filosofia do sujeito, o sujeito transcendental, que constitui esse mundo como o conjunto dos objetos da experiência possível. A sua razão opera através do conceito, subsumindo o real às suas próprias categorias, que lhe são dadas aprioristicamente. Assim, é inerente à dinâmica dessa razão a identidade, que possibilita a unidade, as grandes sínteses homogeneizadoras.

Resulta do idealismo a indistinção entre alter e ego, posto que, como bem observa Gadamer (1998), o outro é experimentado como o outro de mim mesmo, abrangido por minha pura autoconsciência. O saber absoluto, em que a consciência constitui o objeto segundo suas categorias apriorísticas, importa, em última análise, em que o outro apenas existe a partir do ego, ou seja, o outro é antecipado e apreendido reflexivamente através de mim.

*O racionalismo construtor kantiano inspira, ainda, o Estado-nação. O conceito de nação é celebrado e reconfigurado pela Revolução Francesa, cujos elementos fundamentais encontram-se na obra *O que é o Terceiro Estado?*, de Sieyès, consubstanciados em uma identidade cultural e integradora, fundada numa continuidade biológica de relações de sangue, numa abrangência espacial de território, e em comunidade lingüística (Hardt e Negri, 2001:113).*

(...)

O Direito, nesse contexto, é entendido como uma qualidade moral que compete à pessoa (qualitas moralis personae competens, segundo a conhecida definição de Grocio), onde, portanto, o indivíduo ocupa o lugar primeiro e central. Esse sujeito de direito, no cadinho de homogeneidade e de unidade que lhe é correlato, é um ser abstrato, intercambiável, sem qualidades (Bourdieu, 2001:163).

E o tema da justiça passa a ser decidido com a doutrina das “esferas de

liberdade” de cada indivíduo. Frases como “minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro” desenhavam apropriações territoriais sob o signo da ubiqüidade. O termo ubiqüidade, na física, é sinônimo de exclusão: dois corpos físicos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. Levado para o campo do direito, estava a significar que todo homem desloca aos demais homens de seu campo de ação (Carpintero, 1993:40). A propriedade privada é o arquétipo dessa geografia de figuras geométricas, fronteiriças e excludentes entre si.

Mas aquilo que um dia foi sólido acabou se desmanchando no ar.

O conhecimento caracterizado pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela unidade, bem como os constructos teóricos por ele engendrados, são colocados em questão inicialmente por Nietzsche, que o vê como desconhecimento, na medida em que, ao esquematizar, ao assimilar as coisas entre si, ignora as diferenças, cumprindo seu papel sem nenhum fundamento na verdade. Seguem-se Foucault, Heidegger, Adorno, Derrida, denunciando a colonização da diferença pelo sempre-igual e pelo homogêneo e anunciando o reino do fragmento contra a totalização, do descontínuo e do múltiplo contra as grandes narrativas e as grandes sínteses.

(...)

E, além de, realisticamente, a nação não encerrar uma homogeneidade, tratando-se de mera forma ideal, a identidade do povo foi construída num plano imaginário que escondia e/ou eliminava diferenças (...) mediante a representação de toda uma população por uma raça, uma classe ou um grupo hegemônico (...), o que correspondeu, na prática, à subordinação racial e à purificação social (Hardt e Negri, 2001/121).

(...)

Compreendeu-se que o Direito não era cego à qualidade e às competências das pessoas. Ao contrário, operava com classificações, com elementos binários, tais como: homem/mulher; adulto/criança, idoso; branco/outras

etnias; proprietário/despossuído; são/doente. Ao primeiro elemento dessas equações, imprimia um valor positivo; ao segundo, negativo. A incapacidade relativa da mulher e a tutela dos índios são alguns dos emblemas desse modelo.

Assim, o sujeito de direito, aparentemente abstrato e intercambiável, tinha, na verdade, cara: era masculino, adulto, branco, proprietário e são.

(...)

O quadro atual, resultado de todo esse processo, é de um Direito que, de um lado, abandona a visão atomista do indivíduo e o reconhece como portador de identidades complexas e multifacetadas. De outro, recupera o espaço comum onde são vividas as suas relações definitórias mais importantes.

A Constituição de 1988, no que de perto nos interessa, passa a falar não só em direitos coletivos, mas também em espaços de pertencimento, em territórios, com configuração em tudo distinta da propriedade privada. Esta, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica. Aqueles, como locus étnico e cultural. O seu artigo 216, ainda que não explicitamente, descreve-os como espaços onde os diversos grupos formadores da sociedade nacional têm modos próprios de expressão e de criar, fazer e viver (incisos I e II).

(...)

A Constituição brasileira, na linha do direito internacional, rompe a presunção positivista de um mundo preexistente e fixo, assumindo que fazer, criar e viver dão-se de forma diferente em cada cultura, e que a compreensão de mundo depende da linguagem do grupo.

(...)

Não é demais lembrar que direitos culturais e étnicos, porque indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana, têm o status de direito fundamental. São, portanto, de aplicação imediata.

Assim, é preciso que se considere que (1) todo esse acervo jurídico existente pode e deve ser mobilizado para assegurar o exercício pleno e imediato de direitos étnicos e culturais; (2) há que se eleger o instrumento de mais ampla e rápida eficácia e adaptá-lo às especificidades desses direitos; e (3) a aplicação do direito nacional, em demandas que envolvam esses grupos e/ou seus membros, requer leitura que leve em conta as suas diferenças.

(...)

É chegada a hora, contudo, principalmente em função do pluralismo que a Constituição preconiza, de estabelecer uma relação com a norma que não seja de mera interpretação, no sentido da reflexividade, da onipotência do pensamento que retorna sobre si.

(...)

É preciso, portanto, em primeiro lugar, desfazer a noção de que o intérprete, por uma dada competência, está habilitado a decifrar, por si só, a norma em abstrato.

(...)

Depois, é preciso, por mandamento constitucional, reconhecer ao grupo e aos seus membros a sua liberdade expressiva. Há, aqui, um deslocamento da terceira para a primeira pessoa. São eles que apresentam o ambiente no qual se faz uso da norma e a atenção que a ela conferem.

Só então, compreendido o contexto de uso revelado pelos próprios agentes e, a partir daí, o sentido da norma, será possível, ao aplicador do direito, decidir adequadamente.”⁵

Assenta-se aí o primeiro norte do qual não se pode desviar na análise do caso em tela. As populações indígenas, dotadas de identidade cultural própria, devem de ser respeitadas assim em suas diferenças. Toda e qualquer tentativa (e neste feito já se viu várias

5 Disponível em: “<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-plurietnicidade-multiculturalidade>”.

delas) de reduzir a significância jurídica das diferenças culturais, porque estranhas aos elementos caracterizadores das tradições colonizadoras, há de ser de pronto rechaçadas, porquanto vedadas pelo ordenamento jurídico.

Isso porque o constituinte originário arrolou a **dignidade da pessoa humana** e o **pluralismo político** como fundamentos da República Federativa do Brasil; fixou os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**; estabeleceu a **autodeterminação e a cooperação entre os povos** entre os princípios regentes das relações internacionais. No mesmo sentido, reconheceu em favor dos índios sua **organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, atribuindo à União o dever de demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Além disso, estabeleceu que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Ademais, a Convenção n.º 169 da OIT, inserida no bojo do Ordenamento Jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 5.051/2004, com inequívoca natureza de Convenção Internacional de Direitos Humanos (o que lhe atribui *status* supralegal), assevera, *in verbis*:

“Artigo 2o

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade

2. Essa ação deverá incluir medidas:

(...)

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;”

(...)

Artigo 4o

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5o

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e deverá-se levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

(...)

Artigo 8o

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os

membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.”

Todas essas referências, especificamente relacionadas a manifestações sociais, culturais e étnicas minoritárias, têm o escopo de protegê-las das investidas e ataques dos interesses políticos e econômicos do poder ocasional. Preservam, ademais, ao apontar o pluralismo político como fundamento da República e ao reconhecer aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o direito à diferença, isto é, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente, cabendo a eles, e tão-somente a eles, a determinação de suas próprias identidades e os rumos de suas organizações políticas e sociais.

Rompeu-se, assim, com o vetusto e abominável modelo assimilacionista, o qual via os indígenas como uma categoria cultural transitória e encaminhada à extinção cultural (primeiro passo) e física (último passo e consequência inevitável do primeiro), para se abrigar o pluralismo, no bojo do qual todos os segmentos sociais são igualmente levados a sério em suas identidades.

Sob égide do modelo anterior, todas as iniciativas públicas e privadas relacionadas aos povos indígenas destinavam-se a extingui-los, para que sua presença não obstasse os planos dos imigrantes que, conduzidos pelas mãos do Estado, iniciavam o processo de “colonização”. Assim ocorreu com o extermínio físico de comunidades inteiras, com a doutrinação religiosa branca, com a supressão do uso das línguas maternas, com a redução dos seus espaços a territórios mínimos (formação dos aldeamentos) etc. Os indígenas eram vistos como sociedades atrasadas e deveriam ser “integrados” à “comunhão nacional”. Pensamentos desse jaez, infelizmente ainda tão corriqueiros no dia-a-dia, inclusive (e o que de causar ainda mais estranheza) em manifestações de órgãos de Estado, foram banidos do nosso ordenamento jurídico e, por meio da implementação efetiva de suas normas, há de se bani-los do nosso meio social.

Em suma, toda a atuação do Estado relacionada às políticas indigenistas há de respeitar o peculiar modo de viver, de se relacionar com seus pares e com o mundo próprios da população indígena envolvida. O que é ou não cultural, ocupação tradicional, necessário ou

não para a sobrevivência física e cultural da comunidade deve ser dito pela própria comunidade, jamais por qualquer indivíduo estranho a ela. Não são os colonizadores e seus descendentes, não é o Poder Público e seus atores, não são os historiadores, psicólogos, filósofos, arqueólogos e muito menos a sociedade civil que pode analisar a legitimidade cultural de elemento próprio das populações indígenas. Somente o indígena pode expressar a forma com que os fatos da vida relacionam-se por suas instituições, usos, costumes e tradições.

Daí porque o antropólogo foi o único profissional autorizado pelo ordenamento jurídico para promover o estudo de identificação étnica e territorial necessário para a declaração das terras indígenas. Como se abordará adiante com mais profundidade, somente o antropólogo detém o ferramental técnico necessário para analisar os caracteres da tradicionalidade sob a ótica privativa do grupo étnico estudado. Para esse mister, o profissional deve se despir de toda a carga cultural de que é originário e mergulhar, sem pré-conceitos, no novo ambiente cultural. Assim, precisará se aproximar, conquistar a confiança e viver como se integrante daquela aldeia fosse, assimilando todos elementos característicos daquela cultura e a forma de se relacionarem com o mundo. O produto da sua análise e das experiências vividas será formalizado no laudo de fundamentação antropológica, que nada mais é do que a tradução, **dentro das formalidades legais**, da visão de mundo próprio da Comunidade Indígena objeto do estudo.

Não é, pois, a ótica da sociedade dominante e vencedora do processo colonizatório que deverá nortear a análise desta lide, mas sim da própria Comunidade Indígena Guarani de Mato Preto. Não são os não-indígenas, e nem mesmo o Estado, que deve definir se a decisão da Comunidade se deu de forma legítima, porque a cultura “branca” não aceita ou não se compatibiliza com tal prática, mas sim os próprios indígenas é que dispõem, com exclusividade, desse poder, e a legitimação (adequação) delas perante o Direito posto deve se dar nos estreitos limites dos usos, costumes e tradições do povo de que emanar. O Direito é um só e não pertence a um segmento sócio-cultural determinado, mas sim a todos aqueles formadores da identidade brasileira, indistintamente.

Tudo o que se expôs acima serve a um propósito: esclarecer, de uma vez por todas, que os povos indígenas possuem identidade própria e não são menos (nem mais, é

claro) dignos do que qualquer outro cidadão brasileiro (ainda que tal afirmação cause arrepio a diversos atores do cenário político nacional), e devem, por expressa disposição constitucional (artigo 231 da CRFB), ser respeitados em suas diferenças.

Qualquer comportamento (estatal ou não) que deixe de respeitar as particularidades desses povos está expressamente vedado pela vigente Constituição Federal. Assim se afirma, com segurança, porque foi o próprio texto constitucional que atribuiu aos direitos identitários ou culturais dos povos indígenas, aí incluindo o direito às suas terras tradicionais, a **natureza de direito fundamental**. No paradigmático julgamento da Pet. 3.388/RR, o Min. Ayres Brito consignou:

“...não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou outra à terra...” (STF, Pet. 3.388RR, Rel. Min. Carlos Britto, 19/03/2009) – grifo nosso.

Deborah Duprat⁶ observa que, *in verbis*:

“os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. As noções de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis”.

Nesse diapasão e conforme reconhecido em *ratio decidendi* pelo STF, a relação do indígena com a terra não possui natureza puramente econômica, mas existencial. Decorrência dessa peculiar relação etno-jurídica afigura-se a conclusão lógica de que o direito dos indígenas à terra transcende *in totum* a mera configuração patrimonial sujeito x objeto (matriz da propriedade reivindicada pelos autores), erigindo-a, pois, à **categoria de direito fundamental** das comunidades indígenas. Nesse sentido, aliás, já se pronunciou a Excelsa Corte:

6 Demarcação de Terras Indígenas: O papel do Poder Judiciário, 2006, disponível em <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Demarcacao_de_Terras_Indigenas.pdf>. Acesso em 15 jun 2015.

“No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/88, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse – no sentido que os termos assumem no direito privado –, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura. Não é outra a orientação acolhida pelos tratados internacionais pertinentes, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU5 e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos6. Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição” (MS 32262 MC/DF, Min. Rel. Luís Roberto Barroso).

Não é por outro motivo, aliás, que o artigo 25 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas assevera:

“Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuem ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.”

Edilson Vitorelli, fazendo menção a situação envolvendo índios Guaranis, retrata bem a profundidade dessa relação:

“Essa situação ganhou notoriedade em 2012, quando um litígio envolvendo os índios Guarany-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, ganhou as páginas de noticiários internacionais. Na ocasião, os índios, resistindo a uma decisão judicial, afirmaram que seria melhor decretar seu extermínio que expulsá-los de suas terras, o que foi interpretado como uma ameaça de suicídio coletivo. A situação ganhou a mídia nacional e houve protestos populares de pessoas não-indígenas em diversas cidades...”⁷

7 VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio. Juspodivm, 2013, p.117.

O núcleo do direito fundamental às terras tradicionais encontra-se revelado no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal, o qual afirma que são reconhecidos aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, tradicionalidade essa esclarecida pelo § 1º do mesmo artigo 231, ao efeito de considerá-la como sendo a terra, além daquela imemorialmente habitada, **também a necessária para a sua reprodução física e cultural**, segundo os usos, costumes e tradições emanados da identidade de cada grupo indígena. Em suma, em sendo o direito das comunidades indígenas à terra necessária para a sua reprodução física e cultural um direito que visa a assegurar a sobrevivência da própria identidade como ser – **conteúdo da dignidade da pessoa humana** –, guarda-se marcado, como direito fundamental que é, pelas características (entre outras) da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade.

Tais notas vedam à comunidade indígena a possibilidade de renunciar ao direito de ver reconhecida em seu favor a ocupação tradicional. Tanto é assim que as normas regentes da espécie em momento nenhum atribuem ao povo autóctone a legitimidade exclusiva para deflagrar o processo demarcatório, atribuindo-a, ao contrário, privativamente à União o poder-dever de fazê-lo.

Também impedem a mercantilização, a barganha do direito às terras indígenas. Assim é, porque, a uma, as terras indígenas são patrimônio da União (públicas, portanto), e, sendo assim, são **naturalmente inalienáveis** (decorre daí a impossibilidade de exploração das terras indígenas por não-índios). A duas, porque a sobrevivência dos povos indígenas não pode ser submetida ao arbítrio daqueles que ocupam temporariamente os cargos de governo ou mesmo do cacicado. O direito acautelado em favor das futuras gerações não pode ser objeto de negociação, de disposição, por quem hoje estiver no Poder. **A Constituição Federal erigiu o direito dos povos indígenas às terras tradicionais à categoria de direito fundamental necessário para a sobrevivência física e cultural das gerações atuais**, bem como das gerações vindouras (escopo maior albergado pela Constituição Federal nos dispositivos mencionados), em favor de um interesse momentâneo ou mesmo de conveniências políticas.

É nesse contexto que surge um dos pontos fulcrais de toda a discussão travada

nestes autos: a definição de posse e propriedade possui conotação distinta a depender do contexto cultural em que estiverem inseridas. Tanto a posse quanto a propriedade, no ambiente não-indígena, têm o sentido de poder de fato exercido sobre uma “coisa” à qual se atribua valor econômico; é o poder sobre os bens integrantes do patrimônio econômico de qualquer indivíduo. Decorre desse conceito o fato de que a dignidade de qualquer pessoa não dependa de ter ela ou não poder de domínio sobre as coisas, inclusive da terra onde vive. Passa-se a vida morando em imóveis alugados, alienam-se casas em troca de outras, melhores ou não, vendem-se veículos sem qualquer apego sentimental àqueles deixados para trás, alimenta-se com produtos adquiridos nos mercados sem qualquer questionamento em relação à procedência deles, enfim, nossa existência independe de qualquer condição material.

Quando se volta à realidade indígena, o mesmo não ocorre. O território necessário para a prática dos usos, costumes e tradições é pressuposto para a existência e para a dignidade do povo indígena. Sem que os seus pés estejam sobre o solo marcado pelos caracteres da tradicionalidade, os indígenas não possuem as condições mínimas para a sua sobrevivência física e cultural. **Não possuem, pois, dignidade.** O indígena somente existe, e existe enquanto titular de dignidade, se estiver vivendo sobre a terra com a qual mantenha laços de identidade cultural. Trata-se, assim, de direito identitário, integrante do conceito de dignidade humana.

Por tais razões é que o aparente conflito entre interesses dos indígenas de verem demarcada a terra habitada e/ou necessária 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 (artigo 231, §1º, da CF) e os sustentados “direitos adquiridos” dos colonos não-índios que habitam tais terras há de se dar em favor dos primeiros. O sopesamento entre os interesses em litígio conduz inevitavelmente a essa conclusão.

É esse o contexto que se deve ter em mente na análise da presente lide.

2. Demarcação de terras indígenas. O Processo Administrativo

Demarcatório.

O artigo 231, *caput*, da Constituição Federal reconheceu aos indígenas os seus direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente e atribuiu à União o dever de demarcá-las e protegê-las. Cuida-se, pois, de dever imposto constitucionalmente à União e que, por se tratar de direito fundamental das populações indígenas, está marcado pelas características da indisponibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

No plano internacional e supralegal, o Brasil firmou a Convenção OIT nº 169, de 07.06.89, que prevê a obrigação de demarcação e garantia das terras dos povos tradicionais, atentando para os direitos de todos os envolvidos na atividade demarcatória. Esse tratado ingressou no ordenamento jurídico brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 143, de 20.06.2002, que, **por tratar de direitos humanos, possui status supralegal** (STF, RE 466.343/SP, rel. Ministro Cezar Peluso, DJ de 5-6-2009, p. 1106). Preceitua o art. 14 daquela Convenção:

“Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

a) Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”

Sem descuidar dos interesses/direitos dos não índios, que devem também ser assegurados, observa-se que o processo de demarcação é dever da União, através do qual se busca explicitar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas, propiciando as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos, bem como a preservação da diversidade sociocultural brasileira.

Dando cabo a esse mister, o artigo 19, *caput*, da Lei n.º 6.001/73 asseverou que “*as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo*”. Depreende-se daí que ao “órgão federal de assistência ao índio” incumbe promover a demarcação das terras indígenas e ao Poder Executivo a edição das normas regentes do processo demarcatório.

O órgão federal de assistência ao índio é a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, a qual tem por missão a proteção dos direitos dos povos indígenas, promover as políticas indigenistas a cargo do Governo Federal e realizar os “*estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas*” (artigo 4º do Decreto n.º 7.778/2012). Cabe-lhe, ademais, a iniciativa e a orientação do procedimento administrativo que busca a delimitação e reconhecimento das áreas indígenas, conforme preceitua o Decreto n.º 1.775/96, de 8 de janeiro de 1996, instrumento normativo que serve de baliza para o devido processo administrativo de demarcação de terras indígenas.

Da leitura do aludido Decreto, depreende-se que o processo demarcatório passa pelas seguintes etapas: 1) identificação e delimitação; 2) aprovação do relatório pela FUNAI e sua publicação no Diário Oficial; 3) contestação pelos interessados; 4) expedição de Portaria pelo Ministério da Justiça declarando a ocupação tradicional e os seus limites; 5) demarcação física; 6) homologação pelo Presidente da República; 7) registro imobiliário da área demarcada.

No caso em tela, como é cediço, apesar decorridos mais de 10 (dez) anos desde a deflagração do processo administrativo, encontra-se ele estagnado na etapa 4 acima referida, de modo que a demarcação física e as etapas seguintes são irrelevantes para a espécie. Calha a

análise, contudo, e são elas o foco da presente demanda, dos passos 1 a 4 supra. Passa-se a eles.

A) Identificação e delimitação. O Laudo de Fundamentação Antropológica.

Terra Indígena é aquela marcada pelos caracteres da ocupação tradicional contidos no § 1º do artigo 231 da CF, ou seja, “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**” (grifo nosso). Às terras sobre as quais recaem os caracteres da tradicionalidade é a própria Constituição Federal que reconhece aos índios os “direitos originários”. Tercio Sampaio Ferraz Jr, sempre citado em debates desse jaez, esclarece:

*“Tais direitos são originários. Não se trata de direitos adquiridos, pois não pressupõem uma incorporação ao patrimônio (econômico e moral), embora, ressalvadas as peculiaridades constitucionais, devam ser tratados em harmonia com esses. Cabe aqui a mencionada menção de indigenato entendido por João Mendes Junior como título distinto da ocupação e que tem por base a noção de habitat e equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Nesse sentido, não é fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação como fato posterior depende de requisitos que o legitimam.”*⁸

Cuida-se, pois, da doutrina do indigenato, direito do qual são titulares as populações indígenas em face da mera condição de indígena (em sua configuração tradicional de vida) e que precede à formação do próprio Estado. É dizer: o direito sobre as terras tradicionais não depende de qualquer reconhecimento formal por parte do Estado, pois, na dicção de José Afonso da Silva, “...é fonte primária e congênita da posse territorial...”. O que resta pendente, contudo, e depende de uma atuação positiva pelo Poder Público, é a titulação

⁸ A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional. In Revista brasileira de direito constitucional. n. 3. Método, 2004. p. 692.

(“ocupação”) dessas áreas.

Ainda que se ignorasse o fato de que a legitimação desse direito independa de qualquer manifestação estatal (pois a própria Constituição é de clareza solar ao dizer tratar-se de direito originário), calha lembrar, e aqui se faz com espeque na doutrina de José Afonso da Silva, que “... o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”⁹, diploma esse jamais revogado.

Pois bem, a presença dos caracteres necessários para a configuração da ocupação tradicional deve ser verificada por antropólogo que conheça a fundo a cosmovisão própria da etnia que reivindica a demarcação. É o artigo 2º do Decreto n.º 1.775/96 que assim dispõe:

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

Nenhuma outra área do conhecimento detém legitimidade para realizar os estudos de fundamentação do processo demarcatório. A uma, porque a norma regente assim define expressamente, instruindo o devido processo legal adjetivo. A duas, porque o antropólogo, como estudioso do “ser humano” nas suas diferentes esferas biológicas, sociais, culturais e físicas, é quem detém condições de extrair **com fidelidade** e “traduzir” para uma ótica cultural distinta (a não-indígena) a forma como os indígenas veem suas terras e com elas se relacionam, a cosmovisão. **Para isso, o profissional deve se aproximar, conquistar a confiança do povo objeto de estudo, vivenciar como se suas fossem as práticas, línguas, histórias e relações intersubjetivas, e, de posse de todo o conhecimento obtido, formalizá-lo em documento escrito (estranho, aliás, à cultura indígena), tornando-o compreensível por sociedade diversa daquela estudada.** Precisa, nesse sentido, a observação de Deborah Duprat, ao referir que **“O antropólogo não “cria” uma terra indígena; apenas a revela”**¹⁰.

9 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 2008, p. 858.

10 In “Raposa Serra do Sol e o Debate atual no STF”, disponível em <http://www.unisinos.br/blogs/ppg-direito/files/2008/08/c_d_24_p8_artigo_deborah_duprat.pdf>. Acesso em 16 jun 2015.

Afinal, se o que se discute na espécie é a relação do indígena com as suas terras (ocupação tradicional, segundo seus usos, costumes e tradições), é a cosmovisão indígena que deve balizar a definição de tais conceitos. Para que assim se proceda, ou se põe a pena nas mãos do indígena, pois só ele pode esclarecer o que é ou não tradicional dentro do seu ambiente cultural, ou então se busca auxílio de profissional que possa se despir por completo dos conceitos próprios estranhos à cultura estudada e nela mergulhar com profundidade e documentar a experiência vivida.

Vale lembrar, ademais, que a escrita não faz parte da tradição indígena. Toda a sua formação histórica é construída e transmitida oralmente, dos mais velhos para os mais novos. Áreas do conhecimento como a história e arqueologia, contudo, tendem a ignorar a relevância da oralidade para a construção identitária de um povo, apegando-se elas exclusivamente a elementos documentais e incontroversos no seio da sociedade dominante, de modo que acolher as conclusões de um historiador, por exemplo, significaria apenas ratificar a visão dos vencedores sobre a dos vencidos. A visão dos dominantes em prejuízo da dos dominados. Estes seriam, uma vez mais, vencidos pelo curso da história.

Ressalte-se que nem mesmo em Juízo há possibilidade de se desconstituir o mérito do Relatório Circunstanciado sem que a decisão se baseie em laudo pericial antropológico.

Esses argumentos derrubam a tese, cantada e decantada neste feito, de que o procedimento demarcatório encontra-se viciado porque alicerçado na atuação parcial da antropóloga que realizou os trabalhos. Em verdade, a leitura que se deve fazer de tais afirmações é: a perita “não foi fiel aos conceitos brancos, mas sim aos indígenas, logo, está viciado”. O órgão de assessoria jurídica estadual, por desconhecer o assunto (até mesmo porque a matéria indígena não integra a sua pauta de trabalho) chegou ao ponto de tachar de “forjado” (como sinônimo de fraudulento) o laudo antropológico, *in verbis*:

“...sua atuação como antropóloga é totalmente antiética, pois participou dos contatos pessoais e políticos que levaram à decisão da tribo de abandonar a aldeia de Cacique Doble (...) com base nas lembranças do idoso Eduardo Karai Guaçu...” (evento 402, MEMORIAIS1, Página 4).

Concluindo, ao final, que “*Apurou-se indubitavelmente (!!)* que a área de Mato

Preto nunca fora indígena e o laudo antropológico foi forjado, em face de registro da antropóloga chefe FLÁVIA CRISTINA DE MELO em sua tese de doutorado...” (evento 402, documento1, p. 3).

Tais afirmações, por todos os argumentos acima expendidos, são insubsistentes e incompatíveis com os ideais de convivência harmônica entre as diferentes manifestações culturais abraçados pela vigente Constituição e são inaceitáveis, sobretudo quando emanados de órgão de Estado, o qual deve subserviência irrestrita à Constituição e às leis.

Para cumprir o seu mister, o antropólogo deve incursionar com profundidade e intimidade na cultura indígena e, com base na cosmovisão auferida nessa experiência, extrair os caracteres da ocupação tradicional arrolados no texto constitucional e apontá-los em um documento com forma definida, o “Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas”. As regras para elaboração desse relatório encontram-se na Portaria/FUNAI n.º 14, de 09 de janeiro de 1996.

Em síntese, o Relatório deverá conter os dados gerais sobre o grupo indígena (primeira parte), informações sobre a habitação permanente (segunda parte), sobre as atividades produtivas (terceira parte), meio ambiente (quarta parte), reprodução física e cultural (quinta parte), levantamento fundiário (sexta parte) e a conclusão, contendo a proposta de delimitação da área (sétima parte). Todos esses aspectos a serem analisados pelo antropólogo visam, como se pode perceber, a atender aos pressupostos da ocupação tradicional definidos na Constituição, a saber: *“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”* (artigo 231, §1º).

A opção político-administrativa formalizada pelo Ministro da Justiça na Portaria Declaratória, como é cediço, não constitui, não cria a terra indígena, mas sim declara a sua existência e fixa os seus contornos físicos com base nos estudos realizados pela FUNAI. A natureza do ato, assim, é **declaratória de uma situação que preexiste à sua prática**. Nesse sentido, aliás, ao julgar o MS 32262 MC/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“...já assentou que a demarcação de terras indígenas é um ato declaratório, que se limita a reconhecer direitos imemorais que vieram a ser chancelados pela própria Constituição. O que cabe à União, portanto, não é escolher onde haverá terras indígenas, mas apenas demarcar as áreas que atendam aos critérios constitucionais, valendo-se, para tanto, de estudos técnicos...”

Raimundo Sérgio Barros Leitão (*in Os Direitos Indígenas e a Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 67 e ss.) afirma com propriedade:

“...o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos pelo § 1º), o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo. Até porque, “a Constituição utiliza o verbo reconhecer, pois se originário o direito, ela não o constitui (Gaiger, 1989: 13).

A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la.

(...)

Assim sendo, na lição ministrada pelo jurista Carlos Frederico Marés:

“O processo de demarcação de terras indígenas, portanto, é a forma procedimental pela qual o Poder Público Federal reconhece a incidência dos elementos descritos no artigo 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”. (Marés, 1990: 11)

(...)

Desse modo, embora o direito dos índios à terra independa de

reconhecimento formal, sempre que uma sociedade indígena ocupar determinada área nos termos do artigo 231 da Constituição de 1988 acima citado, o Poder Público estará obrigado, por força constitucional, a promover este reconhecimento DECLARANDO O CARÁTER INDÍGENA DAQUELA TERRA, e realizando a demarcação física dos seus limites, com o objetivo único de garantir a sua proteção.”

Significa dizer que o vínculo, a ocupação tradicional, preexiste aos atos oficiais, que são praticados apenas no afã de assegurar a necessária segurança jurídica aos indígenas, sobretudo porque a grande maioria das áreas habitadas por tais comunidades achasse ocupada por terceiros (de boa-fé ou não) e envolvida em graves conflitos fundiários.

Nessa esteira, outro argumento trazido à baila tanto pelos autores quanto pelo estado do Rio Grande do Sul cai por terra. Aduzem ambas as partes que a Portaria MJ n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012, a qual declarou a tradicionalidade e a posse permanente em favor do povo indígena Guarani da denominada Terra Indígena de Mato Preto, está viciada porque amparada na atuação parcial da antropóloga subscritora do laudo de fundamentação e da própria FUNAI. No que tange à atuação da perita, já se abordou o assunto à exaustão: se não tivesse ela o íntimo envolvimento com a Comunidade objeto do estudo, não poderia jamais ter elaborado o laudo questionado. Simples assim.

Os mesmos argumentos, ao final, estendem-se à FUNAI. A um, porque o Decreto n.º 1.775/96, em seu artigo 1º, refere expressamente que as terras indígenas tradicionais “...serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio...”. Esse “órgão federal” (que, em verdade, é entidade integrante da administração pública indireta) é a Fundação Nacional do Índio, a FUNAI, entidade criada por meio da Lei n.º 5.371/67, vinculada ao Ministério da Justiça que serve de “coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil”¹¹. A dois, por fim, porque a essência da atuação da FUNAI é, ao fim e ao cabo, efetivar o cumprimento da política indigenista estatal e proteger os interesses das populações indígenas, de modo que não há outro órgão no cenário político brasileiro que possua legitimidade política, administrativa

¹¹ <http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>

ou mesmo moral para proceder aos estudos de fundamentação necessários para o reconhecimento da ocupação tradicional das terras indígenas. A FUNAI é, sim, instituição interessada na defesa da causa indígena, pois esse o único motivo que lhe dá razão de existência.

Isso não quer dizer, quase desnecessário observar, que está autorizada a empreender condutas ilegítimas no cumprimento do seu mister. Como integrante da Administração Pública que é, está submetida ao regime jurídico-administrativo que emana da Constituição Republicana, sobre os quais se destacam os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, vedando-se, pois, o manejo de artifícios, fraudes e outros expedientes reprováveis na gestão dos seus interesses. Contudo, o fato de a FUNAI atuar em favor dos indígenas, subsidiar os estudos antropológicos e formalizar o caderno no bojo do qual restou identificada a terra indígena não tem o condão de macular, pelos supostos impedimento ou suspeição, a idoneidade das conclusões do laudo e, principalmente, da Portaria Ministerial que reconheceu a terra indígena.

Afinal, como exposto alhures, o ato que declara (reconhece) a terra indígena é a Portaria do Ministro da Justiça, consoante expressa disposição legal (artigo 2º, § 10, do Decreto n.º 1.775/96), autoridade absolutamente desinteressada, o Ministro de Estado da Justiça. O ato efetivamente impugnado – A PORTARIA – não emana de autoridade que tenha por missão exclusiva a defesa dos povos indígenas, mas sim de todos os segmentos que compõem a população brasileira, inclusive das maiorias atingidas (caso dos pequenos agricultores afetados, os quais contam com peso político majoritário inquestionável).

Ademais, a conclusão do Laudo Antropológico formalizada pela FUNAI pode ou não ser acolhida pelo Ministro da Justiça. Isso porque, depois de passar pelo crivo da Assessoria Jurídica (Advocacia-Geral da União) daquele Ministério, quando são reavaliados os elementos constitucionais que compõem a ocupação tradicional em face do laudo antropológico apresentado pela FUNAI, é que o Ministro poderá tomar algum dos caminhos prescritos pelo § 10 diante do processo administrativo demarcatório. Assim, além daquela anteriormente realizada pela Procuradoria Federal Especializada com atuação junto à FUNAI (órgão integrante da AGU), as razões apresentadas pelos interessados dentro do prazo de que

dispõe o § 8º do artigo 2º são novamente objeto de avaliação jurídica pelo MJ. Somente depois da análise desses dois órgãos de assessoria jurídica (PFE/FUNAI e AGU/MJ) é que o Ministro terá em suas mãos a oportunidade de decidir.

O Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto aprovado pela Fundação Indigenista consta no evento 366 do e-proc. A análise do *meritum causae* prescinde, inarredavelmente, da análise desse documento.

Os estudos realizados junto à Comunidade Indígena Guarani de Mato Preto foram realizados pelo Grupo de Trabalho constituído pela FUNAI por meio da Portaria n.º 948/PRES, de 16 de julho de 2004, **publicada no Diário Oficial da União no dia 17/07/2004**. Além da antropóloga Flávia Cristina de Mello, que presidiu os trabalhos, também o integraram Ana Elisa de Castro Freitas, bióloga, Flávio Luiz Gorni, engenheiro agrimensor, Paulo Augusto Ramos Sendeski, técnico de agricultura e agropecuária.

A exigência de “qualificação reconhecida” do antropólogo responsável pelos trabalhos, primeiro requisito de validade do Laudo (artigo 2º, caput, do Decreto 1.775/96), foi adequadamente respeitada pela FUNAI. Nesse sentido, merece destaque a observação contida no Parecer nº 52 CGID/2008, da Antropóloga da FUNAI Rita Heloisa de Almeida (Evento 366, PROCADM9, Página 16):

“Na seleção dos técnicos do GT foi considerada a experiência das pesquisadoras com estudos especializados sobre o povo indígena Guarani, especialmente Flávia Mello teve oportunidade de estudar o grupo de Mato Preto enquanto este residiu na Aldeia Cacique Double, tendo conhecido e entrevistado outros parentes dispersos nas aldeias do Rio Grande do Sul conectadas a essa mesma rede de relações sociais referente as famílias de Mato Preto. Na escolha de funcionários lotados nas administrações regionais da região Sul considerou-se a experiência técnica em procedimentos de identificação, delimitação e levantamento fundiário de terras indígenas”

Ademais, a leitura do seu currículo¹² igualmente confirma a notória

¹²Disponível em <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4708861T8>>, acessado

qualificação da *expert* Flávia Cristina para os trabalhos relacionados à etnia Guarani:

“Professora Adjunta na área de Antropologia Social na UESC (Universidade Estadual de Santa Cruz). Doutora em Antropologia Social pela UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina), título obtido em 2006. Mestre em Antropologia Social pela UFSC em 2001. Graduada em Ciências Sociais pela UNICAMP (Universidade Estadual de Campinas) em 1997. Coordena o projeto de extensão universitária Curso de Formação para Educação Escolar Indígena e Educação para a Diversidade na UESC, junto aos professores e alunos indígenas das etnias Tupinambá de Olivença e Pataxó Hãhãhãe. Coordena também o Grupo de Pesquisa Etnociências, Saberes Tradicionais e Educação Escolar Indígena. Coordena o grupo de pesquisadores e estudantes da UESC que compõem a Red de Centros de Investigación en Astronomía en la Cultura. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cultura Popular no litoral sul da Bahia, UESC. Pesquisadora do NEPI (Núcleo de Estudos dos Povos Indígenas), UFSC. Colaboradora dos projetos: Céu na Praça; Interlocações entre Escolas Indígenas, Quilombolas, Escolas de ensino fundamental e a UESC; Teatro Popular e Interculturalidades. Docente do Curso de Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica, da UFSC, junto aos discentes da etnia Guarani. Participou da CIESI (Comissão Interinstitucional para a Educação Superior Indígena), UFSC. Coordenou o grupo de Estudos do Componente Indígena do EIA/RIMA da Ferrovia de Integração Oeste-Leste FIOLE EF334 de 2010 a 2012. Coordenou a equipe multidisciplinar para Estudos de Impactos Ambientais da duplicação da rodovia BR280, componente indígena, entre 2006 e 2009 - Atividade de extensão celebrada pelo convênio UFSC/CENTRAN-DNIT/Ministério da Defesa, Ministério dos Transportes. Participou da equipe de Estudo de Impacto Ambiental da duplicação da rodovia BR 101- Trecho Palhoça/SC-Osório/RS entre 2000 e 2001. Coordenou o Grupo Técnico para Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto/RS, entre 2004 e 2005, convênio FUNAI/Ministério da Justiça/UNESCO. Docente do Curso de Licenciatura Indígena do Bioma Mata Atlântica da UFSC, de 2010 a 2012. Docente do

em 19 jun 2015.

Programa de formação de professores Guarani do sul e sudeste do Brasil Kuaá Mboé-MEC de 2004 a 2009. Prestou consultoria ao Projeto Biblioteca/Memorial Escolar Guarani, entre 2006 e 2008. Presta consultorias nas áreas de educação e saúde indígenas, laudos e perícias antropológicas, estudos de impacto em populações indígenas e realiza trabalhos voluntários junto à Comissão de Apoio aos Povos Indígenas e ao Museu Universitário Osvaldo Cabral da UFSC. Tem experiência na área de Antropologia, com ênfase em Etnologia Indígena, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria antropológica, etnologia indígena, etnologia Guarani, Tupinambá de Olivença, Pataxó Hahahãe e Pankaru, saúde indígena, etnoconhecimentos e etnociências, educação intercultural, educação escolar indígena, escola guarani, estudos de impacto e direitos indígenas. (Texto informado pelo autor).”

A Portaria FUNAI n.º 14/96 atribui à “primeira parte” do Relatório Circunstanciado a tarefa de contextualizar genericamente o grupo indígena estudado, descrever o histórico da ocupação e identificar as práticas de secessão realizadas. Nesse campo do trabalho, foram analisadas entrevistas com indígenas que habitaram a área de Mato Preto, alguns deles hoje acampados naquele local. Importa transcrever parte do conteúdo do item “Histórico de ocupação da terra indígena de acordo com a memória do grupo étnico” (evento 366, PROCADM2, Página 23):

“No tempo em que os velhos entrevistados eram crianças, Tekoá ka'atÿ (Aldeia ka'atÿ, atual TI de Mato Preto) era uma tekoá habitada por vários grupos familiares Guarani. Estas famílias habitavam uma área de densa floresta [...] Esta aldeia tinha seu centro numa grande clareira onde localizava-se a casa de rezas e a casa da família do opyguá [...] Karai Natalício e as casas de alguns de seus irmãos. Segundo Quirina Natalício, viúva de um dos irmãos Natalício, as casas das pessoas da família de seu marido ficavam próximas e eram neste grande núcleo. Mais afastadas ficavam várias outras famílias, que viviam distante, em núcleos ligados entre si por picadas no mato.

[...]

Nesta época (primeira décadas do século XX), esta aldeia foi sofrendo intensas transformações, devido à chegada de famílias imigrantes (chamados regionalmente de 'colonos') para participar dos projetos de 'colonização' do governo. O uso do mato foi ficando restrito, assim como pontos importantes dos rios. Alguns 'brancos' chegavam armados, construíam suas casas e expulsavam os antigos moradores indígenas, que iam recuando suas casas e roças na direção do centro da aldeia. A preocupação e o medo tomaram conta das famílias. O processo de colonização da região acirra-se nas décadas de 1910 a 1920. Em 1908 é fundada a Colônia Erechim e em 1929, a criação dos lotes de colonização na Floresta Matto Preto, confina definitivamente as famílias aos últimos núcleos, de 223ha. Por volta da metade da década de 1930, várias famílias que permaneceram na área de 223 ha. foram removidas e transportadas em boleias de caminhão até o Toldo Nonoai. Algumas famílias escaparam pelo mato. Entre elas, a família de Quirina Natalício, como registram as narrativas no bloco seguinte.

O velho Karai Natalício e sua esposa Licanda Mariano, alguns de seus filhos e sobrinhos permaneceram na mata, isolando-se do contato com os "brancos", vivendo quase que 'escondidos' até o falecimento dos velhos. Karai Natalício faleceu primeiro, e sua viúva viveu ali ainda alguns anos, cuidada por seus netos, sobrinhos netos e bisnetos (Uma dessas bisnetas era D. Maria da Silva Gomes, mãe de Turíbio, que prestou depoimento ao GT).

Os blocos a seguir foram compostos a partir de transcrições dos depoimentos de moradores e antigos e atuais da aldeia.

[...]

João Maria Werá Mariano foi morador da aldeia na época de Karai Natalício, pai de sua falecida esposa. Atualmente (em 2004), com 91 anos, ele aconselha as tomadas de decisão na atual aldeia de Mato Preto. João Maria morou em Mato Preto desde bem jovem, com seus pais e seus oito irmãos.

[...]

Em entrevista ao GT, no local onde ficava sua casa (local próximo à linha férrea, a cerca de 700 m. a nordeste do atual acampamento), João Maria relembra eventos sobre a antiga Mato Preto:

'Eu vim até aqui (para Mato Preto) com o velho pai e a mãe, veio tudo para cá. Moramos aqui, desde que eu era piazote, do tamanho desse aqui [ele aponta um menino de cerca de 8 anos]. Daí me criei (...) e casei com Dona Alicia. (...) Aqui moravam os irmãos do pai. Moravam lá pra baixo, que andei (aponta em direção sul). Mas agora tá tudo limpo. Era puro mato isso aqui, tinha uma sanga. Era muita piazada, agora já morreu tudo' (...)

'É aqui mesmo que eu morei muitos anos [mostra local onde ficava sua casa]. (...) Aqui morava, aquele tempo, o meu sogro. Aquela tempo eu me agradei da filha dele. Então nós casemos. Depois botemos as casas mais pra lá, pra lá daquele banhado, que tinha ali, agora não tem, secaram [...] refere-se a um banhado secundário, indicado no croqui da aldeia]. Naquele tempo que andei por aí tudo, era tudo mato. Depois botaram colônia, tivemos que sair (...) No tempo que eu tava aqui não tem nem estrada de ferro aí, era tudo mato.

[...]

Em Mato Preto, João Maria conheceu sua falecida esposa, Alicia natalício, filha do cacique da aldeia na época. Seus sogros estão enterrados próximos da área que eles ocupam agora, onde fica o antigo cemitério e a antiga moradia da família de sua esposa (cerca de 300 metros ao norte do acampamento – ver croqui na quinta parte desse documento). João Maria encontra-se bastante lúcido e relembra fatos e locais ligados à antiga aldeia. Vejamos um pequeno trecho de um de seus depoimentos ao GT (registro feito no antigo cemitério, local em que estão enterrados os pais de sua falecida esposa, Alicia Natalício):

João Maria – Aqui que morreu o sogro. No tempo que andava por aí o pai dela, o Karai, velho e a velha e morreu daqui. Morava ali embaixo o meu sogro, o velho Natalício, o Paulino, irmão dele, João Felício era mais um irmão dele também. São três, quatro, parece (vide genealogia). (...) Tudo

aqui, tudo junto que morava aqui. Foi enterrado aqui (...)

Era... não dá mais para ver esse. Eles moravam mais perto da água, agora não tem mais a água, passava ali, tem uma sanga...

Flávia – E a dona Alicia, nasceu aqui?

João Maria – Nasceu aqui. (...) Aqui que ela sempre viveu. E depois que morreu a mãe, era vivo ainda o pai, depois, ficou só eu de família dela e saímos pra Cacique Doble. Depois que morreu...”

O GT analisou e transcreveu, ainda, os depoimentos de Pedrinho Mariano e Clementino Barbosa, que viveram sua infância na antiga terra indígena de Mato Preto, e apontam no mesmo sentido das declarações de João Maria. Além disso, figuraram no trabalho citado várias outras entrevistas realizadas com os descendentes dos indígenas da antiga habitação de Mato Preto. Merece destaque a carta indígena dirigida à FUNAI (Evento 366, PROCADM2, Página 5) *in verbis*:

“Nós escolhemos esta área porque antes dos brancos se apossarem da nossa terra, os nossos avós, nossos tios, moravam nesta área, eles só saíram porque os brancos colonizadores, o próprio Estado, o expulsaram desta área. Se os brancos não tivessem expulsado os nossos avós, hoje nós não estaríamos pedindo essa reivindicação e hoje nós estamos pedindo que essa terra seja demarcada.

Sabemos que naquele tempo existia muita mata, muitos frutos nativos, muitos animais selvagens, muitos rios, muitas fontes. Nessa área tudo era natural, nossos avós eram felizes e hoje queremos que esta terra seja demarcada para nós recuperarmos tudo aquilo que foi perdido do pouco que restou. E daquilo que os brancos destruíram, como a mata, os rios, as fontes, hoje, como os brancos dizem que são donos desta terra eles continuam destruindo. Os brancos dizem que os índios querem a terra só para deixar virar mato, que o índio não trabalha. Mas para nós Guarani, o importante é preservar a natureza. Nós não queremos a terra para nós destruímos, ou para enriquecermos, queremos preservar tudo o que

Nhanderú fez na terra para nós vivermos. Queremos esse espaço de volta para que nossas crianças tenham saúde e que tenhamos de novo os nossos remédios tradicionais, as nossas fontes com água pura, porque tudo isso para nós é uma fonte de saúde e também para que nós possamos continuar preservando as nossas tradições (nhandereko ete'i)

Por isso, senhores autoridades, queremos que nossa terra tradicional seja demarcada para que nós possamos viver felizes, tranquilos, ensinando nossas crianças com segurança, para não sermos mais massacrados como nossos avós, pedimos que a demarcação seja feita com atenção e urgência.”

Os depoimentos coletados apontam para o fato da ocupação tradicional indígena na área de Mato Preto até por volta do final da primeira metade do século passado. Vale lembrar, uma vez mais, que, em se tratando de direito fundamental das populações indígenas, há que se interpretá-lo à luz dos usos, costumes e tradições próprios dessa etnia, de modo que as informações orais do grupo devem ser consideradas com a mesma seriedade com que a sociedade não indígena atribui aos documentos escritos, pois, como exposto alhures, a tradição escrita não integra o elenco tradicional das populações indígenas.

Existe, porém, **documento oficial do próprio Estado do Rio Grande do Sul que corrobora no sentido até aqui afirmado**. Trata-se, do levantamento topográfico do “Projecto de demarcação de lotes ruraes”, registrado na Diretoria de Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul em 22/04/1929, constante do Evento 366, PROCADM4, Página 18, denominado “Planta da Floresta Matto Preto”.

Esse documento registra que o denominado Polígono B, com área de 223,8350 ha, é demarcado como **'Área Indicada para os Índios Guarany'**. Essa pequena área faz parte do todo maior apontado pelo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto como de ocupação tradicional indígena. Tal documento é o atestado cabal de que o Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a existência de ocupação indígena Guarani na área de Mato Preto no ano de 1929.

Uma observação se faz necessária nesse ponto: a área de 223 ha atribuída pelo Estado do Rio Grande do Sul não representou a delimitação do território de ocupação

tradicional praticado à época, mas sim mais uma etapa no processo de esbulho praticado pela política colonizatória (por isso “indicada para os Índios Guarany”). Isso porque a área “reconhecida” pelo RS, como bem se observa no Relatório Circunstanciado, jamais poderia abrigar a população indígena guarani da época de forma a assegurar a sua sobrevivência.

Assim sendo, dentro de todo o território dentro do qual os guaranis viviam à época, o estado do RS, uma vez mais, reduziu-o a uma área mínima, entregando a remanescente para os colonizadores. Nesse contexto, os 223 ha inicialmente apontados jamais poderão ser considerados como a área de ocupação tradicional, mas sim mais uma tentativa política de redução e esbulho das terras indígenas.

O Informação Técnica contida no Evento 366, PROCADM12, Página 3 e ss, é esclarecedora nesse sentido:

De acordo com o relatório, a região onde se situa a TI Mato Preto é secularmente ocupada pelo povo Guarani, de modo contínuo e tradicional. Dados arqueológicos consistentes confirmam a ocupação Guarani por cerca de dois mil anos na região do Alto Uruguai (...) O processo de colonização da região acirrou-se nas décadas de 1910 e 1920, com a construção da Colônia Erechim e dos lotes de Colonização na Floresta Mato Preto, que resultou no confinamento das famílias resistentes a uma área aproximada de 223 ha. Desse modo, o governo do estado obrigou os indígenas a abandonarem seu lugar de origem, abrindo passagem para a fixação de colonos estrangeiros. A própria Floresta Protetora Mato Preto foi “invadida” por colonos. Um documento da época, assinado pelo encarregado do Toldo Ventarra, Theobaldo Marengo, informa que: “[...] Levo ao vosso conhecimento que percorri a Floresta do Matto Preto, de acordo com as vossas instruções, e tenho a informar o seguinte: [...] Na zona futura para os Índios Guarany onde eles já estão collocados, os intrusos não os deixam plantar e vivem encomodando-os para se retirarem, querendo desmoralisar o Encarregado do Toldo e prometendo aos Índios castigo se avançarem com suas terras de cultura que dizem não terem direito.” (Ofício n° 344, de 02 de julho de 1928, Proc. 0620/10, fls. 821/822) (...) Como se verifica, a área de 223 ha não é representativa da

extensão da ocupação indígena, mas sim da violência do esbulho territorial perpetrado contra os Guarani. Ademais, sequer sobre os 223 ha reservados formalmente pelo estado foi assegurada de fato a posse dos indígenas, da mesma maneira como ocorreu com o conjunto territorial tradicional Guarani, na terra indígena Mato Preto, que foi objeto do processo de expropriação e esbulho, entregue à colonização não-indígena. Estudos sobre a colonização do sul do país evidenciam que, no início do século XX, várias terras habitadas tradicionalmente por grupos indígenas foram transformadas em reservas florestais, a exemplo de Mato Preto, a fim de que permanecessem sob controle do governo estadual, para fins de colonização e desenvolvimento econômico regional. Assim, tratou-se de reservar porções de terra insignificantes a seus habitantes originários, os indígenas, ao tempo em que se atraíam imigrantes europeus para povoar a região.(...) Sublinhe-se que, embora a habitação indígena strictu sensu tenha sido impossibilitada pela colonização da região, a invisibilidade aos olhos dos não-índios é traço marcante da cultura Guarani (...) Contudo, os Guarani preservaram um conhecimento apurado sobre o ambiente e mantiveram vivo o propósito de voltar a exercer a posse plena sobre suas terras...”. Grifo nosso.

No item “Práticas de secessão e critérios causais, temporais, e especiais, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição” do Relatório Circunstanciado (fls. 1377-1389 do Anexo II da ACP), o GT aborda os **motivos da saída dos indígenas** daquele território.

“No final do século XIX iniciaram-se os projetos de colonização do oeste do RS e a conseqüente expropriação das terras indígenas (fl. 1382).

[...]

No contexto regional, o Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, Carlos Barbosa, dava impulso à expansão das 'colônias' de imigrantes europeus para a região oeste do estado. Em 1908, é implementado o projeto da 'Colônia Erechim', que demarca lotes para a ampliação do projeto de colonização da região ao sula de Paiol Grande (atual Erechim).

[...]

Em 1909, após audiência com caciques das aldeias do oeste do Estado, que foram à Porto Alegre reivindicar intervenção do Estado para interromper as invasões em suas terras e os conflitos violentos delas decorrentes, Carlos Barbosa delega à Diretoria de Terras e Colonização da Secretaria de Estado dos Negócios das Obras Públicas, a tarefa de demarcar e proteger os 'toldos' indígenas. A Diretoria de Terras e Colonização estava sob a responsabilidade de Carlos Torres Gonçalves, que coordenou o trabalho de demarcação de vários Toldos. A demarcação destas terras reflete a política de confinamento dos diversos grupos indígenas do oeste dos estados do sul do país, realizada para garantir melhor controle do Estado sobre os indígenas e angariar terras para a ampliação dos projetos de colonização.

[...]

A demarcação de terras indígenas promovidas pela Comissão de Terras da Colônia Erechim reduziu drasticamente a extensão das terras ocupadas pelas famílias indígenas e não garantiu uma permanência segura das mesmas nas porções de terra a elas reservadas. Apesar dos procedimentos adotados pelo governo do Estado nas pequenas porções de terras nas quais os índios estavam sendo aldeados, as invasões e expulsões violentas continuara acontecendo, confinando os índios a um espaço cada vez menor. As famílias de Ventarra (kaingang) e de Mato Preto (Guarani) que antes raramente se encontravam, começaram a disputar áreas e recursos ambientais. Nesse período, as famílias Guarani foram concentrando-se na parte norte de suas terras, próximas à linha férrea. As aldeias de Mato Preto e Ventarra sofreram intenso processo de depopulação, desterritorialização e concentração da população em pequenas áreas.

A partir da memória dos índios Guarani e Kaingang registramos várias situações de expropriação paulatina que culmina na expulsão definitiva das famílias indígenas. Os grupos familiares Guarani que persistiram na terra até a expulsão definitiva eram as famílias extensas ligadas ao cacique da época, Karai Natalício. Segundo seu sobrinho, Luis Natalício 'o documento

que o governo deu' ao tio deles, cacique da época, não garantiu a permanência da maioria das famílias, que foram abandonando Mato Preto em direção a outras terras indígenas. Este foi o caso da família Moreira, que seguiu para Cacique Doble, e a família Mariano, que partiu para Salto do Jacuí, por exemplo. Apenas parte das famílias extensas Mariano, Natalício e Gomes resistiram na terra até o momento da expulsão oficial, com transferência dessas famílias para a TI Nonoai.

Enquanto promovia as expulsões, na esfera legislativa o Governo do Estado do Rio Grande do Sul reforçava o direito dos índios sobre as áreas por eles ocupadas.

[...]

Apesar do Decreto n.3.004/1922, a demarcação da 'Floresta Mato Preto' em 1929, posteriormente à sua promulgação, desconsidera a área de ocupação total dos indígenas e restringe ainda mais a área de ocupação das famílias Guarani.

O 'Projecto de demarcação de lotes ruraes' e a consequente 'Planta da Floresta de Matto Preto' são assinados por Caio Escobar e registrado na Directoria de Agricultura do Governo do estado do Rio Grande do Sul, em 22/04/1929, com área de 1.014,20 hectares. O 'Projecto de demarcação de lotes ruraes' estabeleceu três loteamentos, denominados 'polígonos A, B, C'. Um desses polígonos, o Polígono B, é demarcado como 'Área Indicada para os Índios Guarany', com 223, 8350 hectares e os Polígonos A e C são destinados ao loteamento e venda. A ocupação Guarani da época está registrada no levantamento topográfico de Caio Escobar (ver mapas a seguir). Tal levantamento delimita a Floresta Matto Preto e indica a localização de um 'toldo' dentro da área denominada 'Polígono B'”

Mais adiante, no capítulo “Informações sobre a natureza destas ocupações” (com identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes, extensão e data dessas ocupações e descrição das benfeitorias realizadas), o GT consigna no Relatório Circunstanciado (evento 366, PROCADM7, Página 17):

“Como vimos no decorrer do texto, o Estado do Rio Grande do Sul promoveu grande parte das titulações sobre as terras Guarani no final dos anos 30, havendo algumas escrituras antigas, pertencentes a descendentes de poloneses, que registram o início da colonização, datando do final do século XIX e início do século XX (período do início do projeto de implantação da 'Colônia Erechim').

A partir da década de 1930, o governo do Estado do Rio Grande Sul transferiu várias famílias indígenas Guarani e Kaingang compulsoriamente, de maneira violenta, fazendo uso de tropas militares e armas, confinando-as em Nonoai. Concomitantemente titulou e transferiu a posse dos lotes nas proximidades da Floresta Mato Preto e da chamada '2a. Secção Erechim', quando as titulações se deram a partir do início dos anos 40. Este processo acirra-se no período do Pós II Guerra e os últimos títulos foram expedidos na segunda metade da década de 1960, quando a ocupação não indígena da região encontrava-se estabelecida e as florestas de araucária eram alvo das madeireiras. Com datas mais recentes, encontramos as negociações ocorridas a posteriori, indicando um processo paulatino de transferência desses lotes, por um lado, e de restrição efetiva ao uso indígena, por outro.”

O texto acima transcrito deixa claro que, a pretexto de proteger os indígenas que habitavam a região, o estado do Rio Grande do Sul, a partir da década de 1930, delimitou-lhes áreas, reduzindo-lhes o espaço de ocupação, com o claro propósito de expandir o assentamento de agricultores. Essas informações caracterizam a atuação do estado do Rio Grande do Sul no processo histórico que culminou com a completa saída forçada dos índios Guarani da área de Mato Preto, apontam estremo de dúvidas a presença da ocupação tradicional indígena e a atuação estatal de retirada deles do território tradicional.

A “habitação permanente”, elemento que constitui a segunda parte do Relatório Circunstanciado e satisfaz a exigência constitucional contida no dispositivo em foco, tem o propósito de esclarecer a formação territorial da aldeia no tempo e no espaço. Esse capítulo descreve a distribuição das casas dentro do território tradicional, os critérios utilizados pelo grupo para a configuração atual, o uso dos recursos naturais para o seu modo de vida, para a prática dos seus rituais e os projetos para o futuro.

Ganha destaque, nesse capítulo, o “croqui Guarani” contido na página 83 do Relatório (evento 366, PROCADM5, Página 10), o qual expressa o projeto de reformulação do território indígena de acordo com as suas necessidades culturais. A recuperação da fauna, da flora, de rios e banhados e de outros elementos naturais indispensáveis para a prática de suas atividades e para sua sobrevivência torna evidente, a mais não poder, que a área se destina à habitação permanente do grupo.

As atividades produtivas desenvolvidas pelos Guaranis de Mato Preto estão descritas na terceira parte do Relatório. O GT apontou que *“As atividades produtivas exercidas nesta área, apesar das limitações espaciais e escassez de recursos, reproduzem o modelo tradicional de produção de uma aldeia Guarani, que é baseado na prática agrícola (temity) complementada pela coleta, caça e pesca”* (Evento 366, PROCADM8, Página 10). Apontou, ademais, como a exploração produtiva da terra define a organização espacial, social e as relações da comunidade com outras comunidades, inclusive a sociedade envolvente. O Laudo logrou apontar, assim, que a área reivindicada pelos indígenas é necessária para a realização das suas atividades produtivas, assim como exige o §1º do artigo 231 da Constituição Federal.

A quarta parte do Relatório descreve a relação dos indígenas com o meio ambiente natural, satisfazendo a exigência constitucional relacionada à *“...preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar...”*. No parágrafo de introdução desse capítulo, o GT esclarece, *in verbis*:

“As áreas imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem estar econômico e cultural do grupo indígena são aquelas que garantam a reprodução física e cultural da população Guarani e condições ambientais que garantam a bioconservação dos recursos naturais. Estes dados resultam de pesquisa etnoambiental sobre as formas de uso dos recursos ambientais por parte das famílias e levantamento de dados técnico ambientais...”

Depois de descrever como a exploração predatória dos recursos naturais pelos agricultores locais (p.110 do Relatório) depreciou severamente as condições ambientais características daquela região, o Relatório aponta os elementos naturais que se destacam

dentro do cenário tradicional guarani, a sua presença local e a possibilidade de recomposição para o cenário ideal. Merece, nesse diapasão, destaque a seguinte observação (p. 121):

“Da perspectiva ambiental, um grupo Guarani com população média oscilando entre 70 e 100 pessoas, desempenhando suas atividades tradicionais numa área com as características ambientais presentes, necessita do plantel de unidades de paisagens referidas acima, como alguns banhados e arroios, formações florestais, geográficas e geológicas (...) A proeminência cultural de consumo dos produtos provindos da agricultura, indicam a necessidade de seleção de áreas destinadas à lavoura de subsistência e espaços físicos adequados e suficientes a essa prática (...) Da mesma forma, o consumo de alimentos providos pela caça e pesca, a coleta de frutos, plantas medicinais, mel etc., dependem da existência de mata em condições de regeneração e a necessidade econômica de obtenção de matéria-prima para a produção de artesanato...”

O cemitério, a casa de reza (*opy*) e as plantas curativas são elementos culturais que determinam a formação dos espaços tradicionais. *“Esta estreita relação cosmológica entre o lugar em que se vive e a forma como tal local estrutura-se social e ambientalmente é tema de vários estudos sobre os Guarani”*, salienta o Laudo (p. 125). Adentrando ainda mais nos aspectos cosmológico-ambientais, aponta que *“... as práticas xamânicas relacionadas aos corpos d’água, os rituais curativos que exigem plantas e espíritos da mata e elementos geográficos (como morros ou configurações ambientais específicas) que marcam a relação com o sobrenatural e a cosmologia do povo Guarani”*.

E conclui o tópico apontando o cenário necessário para que o território demarcado atenda às exigências insculpidas no artigo 231 da CRFB (evento 366, PROCADM7, Página 4):

“As áreas apontadas na proposta ambiental como imprescindíveis e necessárias foram indicadas a partir dos estudos técnicos, somatória das áreas utilizadas e análise das áreas necessárias para a produção da subsistência do grupo e reprodução do seu ethos cultural de produção e uso dos recursos ambientais (...) Estimativas feitas sobre a quantidade de

recursos ambientais necessários para proporcionar segurança alimentar à população da aldeia, estimativas sobre o crescimento populacional (...) avaliação das condições ambientais da área a ser demarcada, índices de regeneração ambiental, entre outros.

Aplicou-se tais dados para elencar as áreas necessárias para satisfazer as quatro situações previstas pelo artigo 231 e reiteradas no parágrafo 4º da Portaria 14/96 (...)

Da perspectiva ambiental, um grupo Guarani com população média oscilando entre 70 e 100 pessoas, desempenhando suas atividades tradicionais numa área com as características ambientais presentes, necessita do plantel de unidades de paisagens referidas acima, como alguns banhados, arroios, formações florestais, geográficas e geológicas, indicados no texto acima (...) A proeminência cultural de consumo dos produtos provindos da agricultura, indicam a necessidade da seleção de áreas destinadas à lavouras de subsistência e espaços físicos adequados e suficientes a essa prática. Além disso, a escassez e contaminação dos corpos d'água da região indicam a necessidade de garantia da existência de nascentes dentro dos limites. Da mesma forma, o consumo de alimentos providos pela caça e pesca; a coleta de frutos, plantas medicinais, mel etc., dependem da existência de mata em condições de regeneração e a necessidade econômica de obtenção de matéria-prima para a produção de artesanato (de onde provém parte da renda das famílias) também dependem da recuperação ambiental da área.”

A quinta parte, inserida a partir da página 123 do Laudo (a primeira página não constou do documento digitalizado no Evento 366, PROCADM7, Página 6) é de destacada relevância para análise da *quaestio*. Isso porque nela são abordados os aspectos relacionados à **reprodução física e cultural** do grupo indígena, ou seja, o modo como a terra tida por tradicional se revela imprescindível para a sobrevivência da comunidade indígena. Sem dúvida nenhuma, além do vínculo tradicional com o território (elemento caracterizador da identidade), este é o pressuposto de configuração da ocupação tradicional que mais se destaca entre os demais, porque projeta seus efeitos para futuro e visa a assegurar a sobrevivência dos

membros da comunidade indígena e a recomposição da unidade comunitária perdida com o esbulho das suas terras. Vale lembrar, com escusas pela necessária insistência, que é a própria Constituição que define a terra de ocupação tradicional como “...as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Os *experts* traçaram o perfil populacional atual, cotejaram-no com os aspectos sócio-culturais próprios da etnia Guarani e projetaram estimativas, em face desses parâmetros, de crescimento populacional e o que esse aumento implicaria nas necessidades de subsistência da Comunidade. Nesse contexto, merece foco (página 124 do Relatório):

“Projetando nestas estimativas de índices de natalidade, mortalidade e crescimento populacional vegetativo temos que a população da aldeia deve atingir um crescimento populacional de cerca de 50 a 100% nos primeiros anos. Devemos considerar também a possibilidade de decréscimo, em caso de núcleos familiares ou pessoas em movimentos matrimoniais deixarem a aldeia. A média populacional das maiores aldeias Guarani do Rio Grande do Sul e Santa Catarina é de 200 a 300 pessoas, o que tomamos como valor de referência.”

Esses valores são elementos a serem considerados para a definição dos limites do território indígena.

A conclusão do tópico também é digna de nota, *in verbis* (p. 131)

“O projeto de ocupação prevê o estabelecimento da futura aldeia próxima a uma área de mata, onde a comunidade indígena iniciará o reflorestamento da TI. A escolha daquele local deu-se segundo a indicação do velho João Maria, que identificou o local como fundamental para a recuperação das águas do entorno. Foi considerada também a existência de um “capão” de mato, indício de que o local lhes garantirá a sustentabilidade mínima, com água e recursos naturais considerados básicos. A partir daí, eles iniciarão o processo de reflorestamento e replante de espécimes vegetais e faunísticas.”

A sexta parte do Relatório Circunstanciado remonta ao “levantamento fundiário”,

ou seja, a apuração dos ocupantes não indígenas da área demarcada. Essa etapa afigura-se de extrema importância porque define quais são os moradores que sofrerão o processo de “desintrusão” e que serão, não de acordo com a Legislação, mas por construção doutrinária e jurisprudencial, indenizados pela entrega dos imóveis. Indica, ademais, o rol de afetados que se encontram presumivelmente de boa-fé ocupando a área.

No caso em tela, ficou muito claro da leitura do Relatório Circunstanciado que o levantamento fundiário não pôde ser finalizado em virtude da forte resistência oposta pelos agricultores dos municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim aos trabalhos dos técnicos da FUNAI. Tal resistência, aliás, foi sobejamente fomentada por lideranças políticas de frente ruralista, e gerou, como continua a gerar, frequentes ataques, inclusive violentos, contra os técnicos da FUNAI e contra a Comunidade Indígena de Mato Preto.

Essa circunstância foi levada ao conhecimento da Justiça Federal no bojo da Ação Civil Pública n.º 2006.71.17.001628-1, tendo o próprio Juízo determinado o prosseguimento dos trabalhos mesmo sem a conclusão do levantamento de campo, notadamente porque a vida e a integridade física dos membros do GT estavam em risco.

Ainda assim, o levantamento parcial, realizado com espede em pesquisas bibliográficas e documentais, serviu para dar uma dimensão significativa dos afetados pela demarcação.

De qualquer forma, o arrolamento incompleto dos moradores não-indígenas da área não tem o condão de viciar o Relatório, notadamente porque decorreu de conduta dos próprios interessados – os agricultores – e passível, a todo o tempo, de complementação até que se promova os atos de demarcação física. Ademais, a publicação do resumo do Relatório no Diário Oficial e nas sedes dos municípios serve para levar ao conhecimento de todos os afetados essa condição, após o que poderiam eles, não identificando seu imóvel dentro da área delimitada, postular a inclusão do seus dados.

Um panorama geral da situação dos moradores não indígenas encontra-se às fls. 133 e seguintes do laudo. Destaca-se:

“O perfil sócio-cultural dos habitantes não indígenas é de pequenos

agricultores, que produzem soja e trigo, produção comercializada através de cooperativas de agricultores. Identificam-se como descendentes de “colonos”, imigrantes italianos, poloneses e alemães, característica comum à maioria da população dos municípios de Getúlio Vargas e Erebango. Esta população descendente de imigrantes é chamada regionalmente de “colonos”, referência ao pertencimento às ocupações promovidas pelo governo estadual chamadas de “Colônias”

Na sequência, o Relatório descreve os efeitos da ocupação não-indígena sobre a área, com especial ênfase aos problemas ambientais causados pela exploração predatória dos recursos naturais no cultivo de soja e trigo (Evento 366, PROCADM7, Página 16).

Por fim, dá foco na natureza dessas ocupações e no processo histórico de tomada do território. Destaca-se:

“...o Estado do Rio Grande do Sul promoveu grande parte das titulações sobre as terras Guarani no final dos anos 30, havendo algumas escrituras mais antigas, pertencentes a descendentes de poloneses, que registram o início da colonização, datando do final do século XIX e início do século XX (período do início do projeto de implantação da “Colônia Erechim”).

A partir da década de 1930, o governo do Estado do Rio Grande do Sul transferiu várias famílias indígenas Guarani e Kaingang compulsoriamente, de maneira violenta, fazendo uso de tropas militares e armas, confinando-as em Nonoai. Concomitantemente titulou e transferiu a posse dos lotes nas proximidades da Floresta Mato Preto e da chamada “2a. Seção Erechim”, quando as titulações se deram a partir do início dos anos 40. este processo acirra-se no período do Pós II Guerra e os últimos títulos foram expedidos na segunda metade da década de 1960, quando a ocupação não indígena da região encontrava-se estabelecida e as florestas de araucária eram alvo de madeiras...”

Observa-se, pois, que os trabalhos realizados pelo GT apontaram que o processo de esbulho capitaneado pelo estado do Rio Grande do Sul no curso da política colonizatória foi o efetivo responsável pelo afastamento dos indígenas Guaranis da área de ocupação

tradicional, ou seja, de Mato Preto, isso no afã de entregar aos imigrantes europeus a maior quantidade possível de terras agricultáveis.

Os títulos outorgados pelo RS, nessa atuação, não possuem valor. Afinal, a Constituição Federal, no artigo 231, § 6º, estabelece que “*São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras*” indígenas, e que o artigo 4º do Decreto n.º 1.775/96 afirma que “*Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente*”.

A relação de ocupantes não-indígenas consta das fls. 138-150 do Relatório (Evento 366, PROCADM7, Página 18).

A sétima e última parte do Relatório Circunstanciado deve trazer em seu bojo a proposta de delimitação da área demarcada. Cumprindo a tarefa, o GT concluiu, *verbis*:

“A conclusão do Grupo Técnico de Identificação e Delimitação da TI Mato Preto, à luz dos dados técnicos apresentados neste Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto, é que a TI Mato Preto (composta pela aldeia Tekoa Ka’aty, situada na divisa dos municípios de Getúlio Vargas e Erebangó, no estado do Rio Grande do Sul) configura terra indígena tradicionalmente ocupada. Assim sendo, o GT produziu a proposta técnica de delimitação da área considerando a categoria de “Terra Indígena Tradicionalmente Ocupada” conforme parágrafo 4 da Portaria n.º 14/96, referindo-se ao parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que determina as “quatro situações que consubstanciam, em conjunto e sem exclusão, o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, a saber: “(a) as áreas por eles habitadas em caráter permanente, (b) as áreas “utilizadas para suas atividades produtivas, (c) as áreas “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar”, e (d) as áreas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.”

Tendo, pois, por caracterizada a ocupação tradicional à luz dos caracteres insculpidos na Constituição Federal, o Relatório Circunstanciado apresentou proposta de delimitação do território. Nesse mister, esclareceu o expediente utilizado:

“Foram identificados os pontos de habitação e de realização das atividades produtivas atuais, os pontos de habitação e usos pretéritos com importância social, cosmológica e/ou etnohistóricos, os locais e as formas de obtenção de recursos ambientais necessários ao bem-estar e à produção física e cultural do grupo.”

A área foi ao fim delimitada em 4.230 ha e perímetro de aproximadamente 30 km, compreendendo, nesse espaço, todos os elementos naturais necessários para a preservação física e cultural da comunidade Guarani de Mato Preto. Reporta-se, em adendo, à minuciosa descrição contida na página 152 do Relatório (evento 366, PROCADM8, Página 11).

Como se percebe, os estudos realizados pelo GT constituído pela FUNAI para apurar a reivindicação da comunidade Guarani pela demarcação da terra tradicional apontaram pela efetiva presença das marcas da tradicionalidade, conforme exigido pela norma constitucional. **A área é de habitação tradicional permanente Guarani, lá tendo residido os autores do pedido de demarcação e familiares imediatos dos atuais ocupantes. A área foi esbulhada pela atuação forçada e violenta das políticas colonizatórias encabeçadas pelo estado do Rio Grande do Sul, sendo os indígenas sido impedidos de voltar em razão da força de oposição que persiste até os dias atuais. Maior prova da persistência do esbulho sofrido pela comunidade guarani de Mato Preto é justamente a situação atual que não difere daquela existente desde a expulsão ilegal dos indígenas: a presença do não-índio na área, possuidores de títulos nulos e, portanto ilegais, expedidos pelo Estado do Rio Grande do Sul, tendo os ocupantes originais da área e seus descendentes vivido de “favor” desde então em outras áreas indígenas, para onde foram levados, em dado momento histórico, pelo uso da força, inclusive física.**

Perceba o julgador a força desse esbulho: antes, quando não havia a tentativa física de retorno dos indígenas à área tradicional, o esbulho ocorria por força moral, amparada a situação ilegal em documentos nulos expedidos pelo estado. Após, mesmo

com o retorno físico dos membros da comunidade (alguns que haviam sido expulsos da área na sua juventude e seus descendentes) o esbulho passou a ser físico, com a resistência dos ocupantes em permitir a efetiva posse tradicional da área pelo grupo e mesmo os trabalhos oficiais dos órgãos indigenistas.

Além disso, a área, tal como declarada, é necessária para as atividades produtivas do grupo e para a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Por fim e sobretudo, a área é imprescindível para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Todos esses pressupostos foram apurados com profundidade pelo GT com espeque nas declarações dos indígenas e confirmadas por fontes igualmente orais e documentais e apontaram, estreme de dúvidas, a caracterização da área em demarcação como Terra Indígena de ocupação tradicional Guarani.

Sendo, pois, o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação construído em estrita observância às formalidades estabelecidas pela Portaria FUNAI n.º 14/96, não procede a pretensão de deslegitimá-lo.

B) Aprovação do Relatório Circunstanciado.

O § 6º do artigo 2º do Decreto n.º 1.775/96, dispõe que, concluídos os estudos de fundamentação pelo GT, o Relatório Circunstanciado deverá ser entregue à FUNAI para apreciação.

Depois de submetido à FUNAI, o laudo preliminar sofreu algumas alterações.

Além daquelas de menor relevância, cingidas basicamente à complementação de informações e correções materiais do texto, a que representou maior impacto decorreu da nomeação da antropóloga Juracilda Veiga por meio da Portaria 50/PRES, de 29 de janeiro de 2007, para coordenar o GT. O Relatório apresentado pelo GT assumido por Juracilda

apresentou variação significativa na dimensão territorial proposta pela antropóloga Flávia Mello. De 4.019 ha (área inicial apresentada por esta), o segundo laudo, assinado pela antropóloga Juracilda a reduziu para 650 ha.

Os sucessivos relatórios apresentados e as divergências neles contidas foram detidamente analisadas pela antropóloga Rita Heloísa de Almeida no bojo do “Parecer n.º 52/CGID/2008”, contido no Evento 366, PROCADM9, Página 16. Em brevíssima síntese, a conclusão do CGID foi a de que a variação significativa entre as áreas propostas pelas antropólogas deveu-se ao fato de que Juracilda, com qualificação sobre a etnia Kaingang, buscou favorecer a demanda da comunidade indígena Ventarra (de etnia Kaingang e lindeira à Guarani de Mato Preto) pela ampliação da sua área e harmonizar o conflito de interesses entre os Guaranis e os agricultores afetados.

Adequada a conclusão. Afinal, já se expôs alhures que os estudos de fundamentação somente podem ser realizados por “antropólogo de qualificação reconhecida” (artigo 2º, caput, do Decreto n.º 1.775/96) efetivamente capaz de conhecer a fundo e com intimidade o modo de viver do grupo estudado. Se a afinidade técnica da antropóloga Flávia Cristina era com a Comunidade Guarani de Mato Preto, ela, e tão-somente ela, é quem dispunha de condições de elaborar uma proposta efetivamente capaz de expressar a cosmovisão Guarani sobre a sua terra tradicional e traçar, dentro do território, a presença dos caracteres de tradicionalidade. Jamais a antropóloga Juracilda poderia ter assumido esse mister, notadamente porque identificada com ideais próprios de etnia diversa e de oposição histórica ao povo Guarani, a Kaingang.

O relatório preliminar de Flávia Cristina, depois de passar pelo crivo e pela destituição de Juracilda, sofreu nova retificação. Isso porque, pairando dúvidas, sobretudo em relação à reivindicação da comunidade indígena lindeira, Ventarra, novas atividades de campo foram realizadas por determinação da Portaria n.º 991/PRES, de 16 de outubro de 2007, e n.º 1054/PRES, de 30 de outubro de 2007. Com os novos dados, a proposta final de delimitação foi de 4.230 ha.

A versão final do Relatório do GT coordenado por Flávia Cristina foi apresentado à Presidência da FUNAI e, em 20 de novembro de 2009, aprovado por meio do Despacho n.º

58 daquela Presidência (publicado na página 62 da Seção 1 do Diário Oficial da União em 23 de novembro de 2009):

“DESPACHO Nº 058, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2009

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, tendo em vista o que consta no Processo 08620.1150/2007, e considerando o Resumo do Relatório de Identificação, de autoria da antropóloga Flávia Cristina de Mello, que acolhe, face às razões e justificativas apresentadas, decide: Aprovar as conclusões objeto do citado resumo para afinal, reconhecer os estudos de identificação da Terra Indígena MATO PRETO de ocupação do grupo tribal Guarani Chiripá e Mbyá, localizada nos municípios de Erebango, Erechin e Getúlio Vargas, Estado do Rio Grande do Sul.”

Somente a partir de então é que se formalizou o posicionamento da FUNAI a respeito da tradicionalidade da ocupação indígena Guarani de Mato Preto. Também essa formalidade administrativa foi respeitada pelo procedimento administrativo.

C) Publicação do Relatório Circunstanciado.

A Administração Pública está sujeita ao dever de publicidade dos seus atos, pois corolário do princípio Republicano. Nesse sentido, o § 7º do artigo 2º do Decreto n.º 1.775/96 exige que o teor do Relatório Circunstanciado seja levado ao conhecimento de todos os possíveis afetados e/ou interessados:

“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.”

Aprovado o Relatório (Despacho FUNAI n.º 58/PRES, de 20 de novembro de

2009), o seu resumo foi publicado na Seção 1 do Diário Oficial da União em 23 de novembro de 2009 (p. 62 do DOU). Os poderes executivos dos municípios de Erechim, Getúlio Vargas e Erebangó receberam cópias do resumo do Relatório para conhecimento e publicação em local acessível a todos os munícipes por meio, respectivamente, dos ofícios 1187/DAF, 1188/DAF e 1186/DAF, todos de 11 de dezembro de 2009 (conforme informado no Evento 366, PROCADM11, Página 11).

O mesmo resumo foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul em 24 de fevereiro de 2010¹³. Apesar de extemporânea essa publicação, a sua finalidade já havia sido atingida com a publicação no DOU e com a remessa dos documentos às prefeituras dos municípios atingidos, razão pela qual não se mostra capaz de viciar o procedimento.

A formalidade insculpida nesse dispositivo restou, pois, cumprida no bojo do procedimento administrativo demarcatório n.º 08620.1150/2007.

D) Manifestação dos interessados. Contraditório e ampla defesa.

A participação dos interessados no curso do processo demarcatório está assegurada pelo Decreto n.º 1.775/96, que, em seu artigo 2º, §8º, dispõe:

“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.”

A possibilidade de os interessados impugnarem a reivindicação da comunidade indígena tem início com a deflagração do procedimento demarcatório e fim 90 (noventa) dias após a publicação do resumo dos estudos no Diário Oficial.

¹³ Disponível em <<http://www.corag.rs.gov.br/doedia>>.

In casu, o processo administrativo iniciou-se com a constituição do Grupo Técnico de Identificação e Delimitação, ato esse externalizado por meio da publicação da Portaria FUNAI n.º 948 no Diário Oficial da União em **19 de julho de 2004**. Por fim, a publicação do relatório resumido na Seção 1 do Diário Oficial da União ocorreu em **23 de novembro de 2009**.

Pois bem, o texto normativo explicita que a manifestação dos interessados destina-se a impugnar o teor do Relatório Circunstanciado ou então para pleitear indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos. **Pressupõe, nesse sentido, que o laudo esteja concluído e aprovado pela FUNAI**. Isso porque, antes dessa formalidade, os estudos realizados pelo GT não expressam, efetivamente, o posicionamento institucional da Fundação Indigenista, mas sim a conclusão dos *experts* que realizaram os trabalhos.

Conclui-se, assim, que antes da aprovação do Relatório pela FUNAI a participação dos interessados deve se restringir à apresentação de informações e de documentos relacionados à área objeto do estudo, não havendo o que se falar, nesse período, de formação de contraditório. Há muito mais uma colaboração entre os interessados (aí se incluem os agricultores, os municípios, o Estado Federado e entidades representativas) e o GT constituído pela FUNAI do que propriamente um conflito de interesses. Nessa etapa, a formação de contraditório é, além de desnecessária, impossível. A participação dos agricultores na atuação do GT, notadamente durante o contato com os indígenas, para coleta da prova oral sobre a ocupação tradicional é situação inimaginável.

Todavia, uma vez aprovado o Relatório (quando então o posicionamento da FUNAI estará cristalizado), é possível a qualquer um que demonstre interesse apresentar informações complementares ou mesmo razões de contrariedade aos estudos, inclusive mediante o fornecimento de documentos e outras “provas” que entenderem necessárias. Forma-se aí o contraditório que antecede à análise do Ministério da Justiça.

A impugnação deve se ater aos termos do Relatório Circunstanciado, único documento ao qual o Direito atribui legitimidade para identificar a terra indígena. Para esse mister, a síntese das conclusões do GT foram publicadas nos veículos oficiais de comunicação e encaminhadas às prefeituras locais para ampla divulgação, além de disponibilizado na

internet. Após, os mesmos interessados puderam acessar a íntegra do relatório **aprovado** e dos documentos nos quais ele se baseou.

Pelo que consta das informações prestadas pela FUNAI, apenas os agricultores insurgiram-se formalmente contra o procedimento (Estado e municípios não se manifestaram). As contestações foram apresentadas por eles em fevereiro de 2010 e colocadas ao crivo da Coordenadoria de Identificação e Delimitação da FUNAI e da Procuradoria Federal Especializada com atuação junto àquela Fundação. Cingiram-se as teses de contrariedade à inexistência de ocupação indígena no passado e principalmente quando da promulgação da Constituição Federal vigente, à validade dos títulos de propriedade expedidos pelo estado do Rio Grande do Sul e o desrespeito ao contraditório (embora o apenso relacionado às contestações não conste dos documentos juntados ao feito pela Ré, a síntese das teses consta dos pareceres da Procuradoria Federal e da AGU no bojo do processo administrativo, v.g Evento 366, PROCADM11, Página 12).

No ponto, insta reforçar que esta é a única ocasião em que se instaura o contraditório no curso do procedimento administrativo. Isso porque somente a partir de então é que há posicionamento formal da FUNAI a respeito da reivindicação do grupo indígena (antes da aprovação do Laudo há mera expectativa de reconhecimento da ocupação tradicional).

Submetidas as defesas à apreciação da FUNAI (Parecer n.º 398/CGID/2011 - Evento 366, PROCADM13, Página 13) e pelo órgão de representação jurídica (PFE - Parecer n.º 4/2011, de 18 de agosto de 2011), foram integralmente refutadas, sob o principal argumento de terem se lastreado exclusivamente em pesquisas realizadas por profissionais estranhos à antropologia (um geógrafo e um historiador). Posteriormente, as contestações foram submetidas ao crivo da Advocacia Geral da União, pelo órgão de assessoria do Ministério da Justiça, sendo, uma vez mais e pelos mesmos argumentos, refutadas (Evento 366, PROCADM11, Página 4).

O contraditório formado no bojo do processo demarcatório regulado pelo Decreto n.º 1.775/96 já foi questionado em diversas oportunidades perante o Poder Judiciário, passando a sua validade incólume em todas as ocasiões. Por todas, merece destaque a seguinte

decisão do e. Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança (MS 25483 DF, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 04/06/2007).

Na forma, o contraditório, consubstanciado na oportunidade de defesa administrativa, restou adequadamente respeitado. No mérito, melhor sorte, ao que parece, não assistiu às defesas. Isso porque, como já se disse alhures à exaustão, somente o antropólogo detém o protagonismo legítimo para elaboração dos estudos de identificação e delimitação de terra indígena. Não há outro profissional que disponha do ferramental técnico necessário para cumprir adequadamente esse mister.

No caso, as contestações lastrearam-se em estudos realizados por historiador e geógrafo sob encomenda dos próprios agricultores (documento já apresentados neste processo juntamente com a petição inicial). Ora, por simetria imposta pela lei e pela razão, tão somente um antropólogo teria condições reais de apresentar argumentos efetivamente capazes de desfazer as conclusões contidas no Relatório Circunstanciado vergastado. O historiador nega validade à produção de elementos cognitivos baseados na oralidade (característica dos povos indígenas), calcando a sua atuação, como é cediço, na confirmação da “história contada” pelos vencedores do processo colonizatório, a qual se encontra documentada nos livros e documentos oficiais. Atribuir exclusivamente ao historiador essa tarefa acabará inevitavelmente por negar legitimidade aos povos indígenas para construção dos seus próprios destinos de acordo com as diferenças ditadas por seus usos, costumes e tradições.

Não que toda e qualquer alegação dos agricultores fosse desmerecedora de consideração tão-somente porque fundadas em estudo realizados por perito diverso daquele ditado pelas normas aplicáveis, mas inegável o fato de que deve existir adequação entre os métodos de trabalho utilizados para firmar e para derrubar as teses debatidas. A antropologia é dotada de instrumentos e métodos próprios de trabalho, muitos dos quais a própria academia de história nega validade. Somente a identidade entre as áreas do conhecimento formadoras da tese e da antítese possibilitaria um debate válido, o que se configuraria pela elaboração do contra-laudo por antropólogo, não por historiador ou geógrafo.

Os demais pontos sustentados pelos interessados foram igualmente rebatidos, não de forma genérica destinada exclusivamente a reiterar as conclusões lançadas no Relatório Circunstanciado, mas com a preocupação de levar a sério e enfrentar na forma e no mérito os argumentos dos contestantes. O longo Parecer n.º 398/CGID/2011 (Evento 366,

PROCADM13, Página 13) não deixa dúvidas sobre o efetivo respeito às considerações tecidas pelos interessados em suas defesas.

Na forma e no conteúdo o devido processo legal foi respeitado, pois consideradas e debatidas as teses de contrariedade, razão pela qual não se pode acolher a alegação de nulidade do processo administrativo pelo desrespeito ao contraditório.

E) Decisão do Ministro da Justiça. A Portaria Declaratória.

Os argumentos contrários à demarcação foram analisados pela instituição responsável pela realização dos estudos de fundamentação antropológica, ou seja, a FUNAI. Lá as teses foram enfrentadas e, uma vez refutadas (se acolhidas poderiam ensejar novas diligências) pelos respectivos pareceres, passaram a instruir os autos do processo administrativo que seguiu para deliberação do Ministro de Estado da Justiça, autoridade dotada de competência privativa para decidir pela declaração ou não do indigenato, nos limites traçados pela FUNAI. O § 9º do artigo 2º do Decreto n.º 1.775/96 assim dispõe:

“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.”

O relatório circunstanciado, as defesas apresentadas pelos interessados e os pareceres emitidos pela FUNAI foram novamente analisados pelo órgão de assessoria jurídica da União, a Advocacia-Geral da União com atuação junto ao Ministério da Justiça. Isso a fim de que, ao receber o processo para a decisão de que fala o § 10º do mesmo artigo, o Ministro da Justiça tenha certeza da sua higidez e se sinta apto a assumir adequadamente qualquer dos caminhos traçados pelos incisos I, II e III.

A assessoria jurídica do Ministério da Justiça elaborou o Parecer n.º 257/2011/CEP/CGLEG/CONJUR/MJ em 25 de outubro de 2011 (evento 366, PROCADM11, página 4), o qual assim concluiu sobre o aspecto formal do procedimento:

“11. Neste contexto, vislumbra-se a regularidade na condução do processo, haja vista que foi facultado às partes a possibilidade de manifestação no prazo previsto na legislação que rege a matéria. Além do mais, seus argumentos foram analisados pela área técnica responsável pela condução do procedimento administrativo e pela Procuradoria Especializada da FUNAI, nos termos do art. 15 do Anexo I do Decreto n.º 7.056, de 28 de dezembro de 2009, sendo improcedentes as alegações de violação ao contraditório e à ampla defesa no referido processo administrativo.

12. Este é inclusive o entendimento da Advocacia-Geral da União, conforme se depreende dos Pareceres – AGU n.º GQ-37 e n.º GQ-117, ambos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal:

(...)

13. Portanto, conclui-se que, ao contrário do alegado pelos interessados, não há que se falar em nulidade de qualquer ato processual praticado no âmbito do presente procedimento administrativo, razão pela qual o mesmo se encontra apto a ser analisado pelo Ministro de Estado da Justiça.”

No mérito, contudo, opinou pelo retorno do feito à FUNAI para esclarecimentos adicionais a respeito da divergência entre a extensão da área apontada nos registros históricos como sendo de ocupação tradicional e aquela proposta pelo Relatório Circunstanciado. O parecer foi acolhido pelo Despacho n.º 1326/2011 do Ministro da Justiça (Evento 366, PROCADM11, Página 20), dando ensejo à impressão da Informação Técnica n.º 06/CGID/2012, de 30 de janeiro de 2012, pela FUNAI (Evento 366, PROCADM12, Página 3 e ss.), a qual esclareceu que a área de 223 ha atribuída pelo Estado do Rio Grande do Sul não representaria a delimitação do território de ocupação tradicional praticado à época, mas sim mais uma etapa no processo de esbulho praticado pela política colonizatória (por isso “*indicada para os Índios Guarany*”). Nesse contexto, os 223 ha inicialmente apontados jamais poderiam ser considerados como a área de ocupação tradicional, mas sim mais uma tentativa política de redução e esbulho das terras indígenas.

Com essas informações adicionais, o processo retornou à AGU, lá dando azo à

Nota n.º 16/2012/CEP/CGLEG/CONJUR/MJ (Evento 366, PROCADM13, Página 2), concluindo:

“Atendida a diligência determinada pelo Sr. Ministro de Estado da Justiça por meio do Despacho Ministerial n.º 1.326, de 25 de outubro de 2011, e prestados os esclarecimentos técnicos, verifica-se que o procedimento de demarcação da Terra Indígena Mato Preto, localizada nos municípios de Erebango, Erechin e Getúlio Vargas, Estado do Rio Grande do Sul, seguiu o disposto no art. 231, da Constituição, no Decreto n.º 1.775, 8 de janeiro de 1996, e na Portaria MJ n. 14, de 9 de janeiro de 1996.”

Destarte, quando chegou às mãos do Ministro da Justiça, o procedimento administrativo já havia passado por uma longa, morosa e conturbada instrução, como também pelo crivo dos agricultores atingidos e demais interessados, dos órgãos de assessoria jurídica da FUNAI e do próprio MJ, além dos intensos debates realizados judicialmente no bojo da Ação Civil Pública n.º 2006.404.7117.0001628-1 (*e-proc* n.º 5003707-08.2012.404.7117) ,para somente então subsidiar a sua decisão.

Aprovados os pareceres jurídicos, os quais assentaram a higidez, sobretudo formal, do procedimento administrativo demarcatório, o Ministro da Justiça expediu, em 21 de setembro de 2012, a Portaria n.º 2.222, declarando a ocupação tradicional e os limites da Terra Indígena Mato Preto, situada nos municípios de Erebango, Erechim e Getúlio Vargas.

Nesta ocasião, a legislação regente da espécie dá ao Ministro da Justiça três caminhos distintos, sobre os quais ele dispõe da discricionariedade regrada própria da natureza político-administrativa do ato. É o que dispõe o § 10º do artigo 2º do Decreto n.º 1.775/96, *in verbis*:

“§ 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.”

Nessa fase, a autoridade está adstrita às conclusões contidas no Laudo, as quais devem ser cotejadas com o disposto no artigo 231, §1º, da CF. Poderia, assim, acolhendo as contestações dos interessados, desaprovando os estudos de identificação pelo desatendimento dos pressupostos constitucionais e afastar a pretensão dos Guarani. Poderia, da mesma forma, determinar a realização de novas diligências, caso não se julgasse efetivamente apto a decidir.

Apesar de ter tomado conhecimento, no curso do processo administrativo e em audiências realizadas com representantes dos agricultores e da Procuradoria do Estado do RS, das teses levantadas para refutar a ocupação tradicional, além de dispor da ampla discricionariedade que o § 10º lhe reserva, o Ministro da Justiça decidiu por acolher integralmente as conclusões contidas no Relatório Circunstanciado e declarar a posse permanente do grupo indígena Guarani e os limites da Terra Indígena Mato Preto, por meio da Portaria n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012 (Evento 366, PROCADM13, Página 11). O ato foi publicado no Diário Oficial da União em 25 de setembro de 2012.

A respeito da natureza do ato administrativo em testilha, Raimundo Sergio Barros Leitão (*in Os Direitos Indígenas e a Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 67 e ss.) afirma com propriedade:

“...o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos pelo § 1º), o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo. Até porque, “a Constituição utiliza o verbo reconhecer, pois se originário o direito, ela não o constitui (Gaiger, 1989: 13).

A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la.

(...)

Assim sendo, na lição ministrada pelo jurista Carlos Frederico Marés:

“O processo de demarcação de terras indígenas, portanto, é a forma procedimental pela qual o Poder Público Federal reconhece a incidência dos elementos descritos no artigo 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”. (Marés, 1990: 11)

(...)

Desse modo, embora o direito dos índios à terra independa de reconhecimento formal, sempre que uma sociedade indígena ocupar determinada área nos termos do artigo 231 da Constituição de 1988 acima citado, o Poder Público estará obrigado, por força constitucional, a promover este reconhecimento DECLARANDO O CARÁTER INDÍGENA DAQUELA TERRA, e realizando a demarcação física dos seus limites, com o objetivo único de garantir a sua proteção.”

A portaria tem a natureza meramente declaratória, e não constitutiva, porque se cinge a reconhecer, com espeque nos estudos realizados pela FUNAI, que a terra, dentro dos limites que expressam os caracteres da tradicionalidade contidos no artigo 231, §1º, da CF, é de ocupação tradicional indígena e se destina à sua habitação permanente. O direito dos índios às terras tradicionais, notadamente porque erigido à categoria de direito fundamental das populações indígenas (tema já abordado páginas atrás), tem origem muito antes da expedição da Portaria.

Significa dizer que a propriedade preexiste aos atos oficiais de reconhecimento, que são praticados apenas no afã de assegurar a necessária segurança jurídica aos indígenas, sobretudo porque a grande maioria das áreas habitadas por tais comunidades acha-se

envolvida em graves conflitos fundiários. Quando a Constituição Federal declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua “posse permanente” (art. 231, § 2º), isto não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat.

Cuida-se, pois, da doutrina do indigenato, direito do qual são titulares as populações indígenas em face da mera condição de indígena (em sua configuração tradicional de vida) e que precede à formação do próprio Estado. É dizer: o direito sobre as terras tradicionais não depende de qualquer reconhecimento formal por parte do Estado, pois, na dicção de José Afonso da Silva, “...*é fonte primária e congênita da posse territorial...*”. O que resta pendente, contudo, e depende de uma atuação positiva pelo Poder Público, é a titulação (“ocupação”) dessas áreas.

Ainda que se ignorasse o fato de que a legitimação desse direito não dependesse de qualquer manifestação estatal (pois a própria Constituição é de clareza solar ao dizer tratar-se de direito originário), calha lembrar, e aqui se faz com espeque na doutrina de José Afonso da Silva, que “... *o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas*”¹⁴, diploma esse jamais revogado.

Com o reconhecimento da posse tradicional, seus efeitos retroagem no tempo e apagam todos os atos que de uma forma ou outra tenham contrariado a natureza inalienável e indisponível das terras indígenas. Nesse sentido, o §6º do artigo 231 da CF:

“§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações

14 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 2008, p. 858.

contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

Essa regra não é exclusividade da vigente Constituição. A Carta Régia de 10 de setembro de 1611 já estabelecia que os índios, ali referidos como “gentios”, eram “senhores de suas fazendas”. O Alvará de 1º de abril de 1680 afirma serem os índios “*primários e naturaes senhores dellas*” (terras em que localizadas suas aldeias). A Lei Imperial n.º 601/1850, recepcionada pela 1ª Constituição Republicana (1891), já determinava ao Governo a reserva das terras necessárias “...*para a colonização dos indígenas...*” (artigo 12). A Constituição Republicana de 1934, em seu artigo 129, estabeleceu o respeito e a inalienabilidade das terras indígenas. A Constituição de 1937, a “Constituição Polaca”, mesmo produto de um golpe de Estado, não se furtou de assegurar, em seu artigo 154, o respeito e a inalienabilidade das terras indígenas. Assim, igualmente, caminharam as constituições de 1946 (artigo 216), de 1967 (artigo 186) e, por fim, a de 1988.

Ainda nesse sentido, a Lei nº 6.001, **de 19/12/1973** - Estatuto do Índio, estabelece que a nulidade se aplica às terras desocupadas pelos índios em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou de particular, nos termos seguintes:

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

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

Como se percebe, desde a origem do Estado Brasileiro as terras tradicionais estão protegidas de todo e qualquer negócio que possa subtrair, ou mesmo reduzir, dos indígenas a exclusividade da posse sobre elas. E isso sempre ocorreu por expressa disposição constitucional, de modo que qualquer ato abaixo dela, lei ou qualquer outro emanado do Poder Público, padece de nulidade.

Não só pelo que dispõe o § 6º do art. 231 da Constituição, mas inclusive por

desacordo com as regras vigentes nas ordens constitucionais anteriores, não se reputam válidas a alienação e a titulação de lotes de terra sobrepostos às áreas que, a partir de estudos específicos, fundados em dados concretos, possam ser individualizadas como de ocupação indígena.

Nem mesmo a sustentada lesão aos direitos fundamentais de propriedade e ao direito adquirido invocado pelos autores é capaz de suplantar a legitimidade da demarcação da terra declarada. A uma, porque o valor “segurança jurídica” inculcado no “direito adquirido” cede com facilidade diante do valor “vida digna” vazado na proteção dispensada pelo texto constitucional às terras indígenas. A duas, porque o direito de propriedade insculpido no artigo 5º, inciso XXII, da CF, além de exigir o atendimento à função social para tornar-se legítimo, o que já relativizaria a tese autoral, também não assegura ao cidadão a permanência *tout court* em suas mãos daqueles imóveis, pois, como refere com clareza que lhe é inafastável, José Afonso da Silva¹⁵:

“O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica (...) não se há de confundir a faculdade que tem todo o indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial, com o direito de propriedade sobre um bem, que só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, e é sempre direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens, fixada em lei...”

E nessa linha de compreensão, arremata Deborah Duprat, *in verbis*:

“o que constituições de países capitalistas inscrevem como direito fundamental é o direito de todos a serem proprietários. Nesse sentido, não há como se recusar o caráter universal e indisponível de tal direito. Diferentemente, contudo, é o direito de propriedade em si, que, por sua própria natureza, não pode ser concebido, logicamente, como fundamental e, portanto, universal.”

15 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 2008, p.271-272.

Esses mesmos fundamentos, importante ressaltar, ao mesmo tempo em que elidem a pretensão de permanecerem – os agricultores - naqueles imóveis indefinidamente, também lhes assegura a reparação pelo despojamento das terras e pelos demais prejuízos sofridos. O patrimônio conquistado – **e não a coisa em si** – deve ser preservado. Ademais, porque viram frustradas as expectativas depositadas na legitimidade da atuação do Estado, devem ser devidamente indenizados pela perda da terra nua, benfeitorias, lucros cessantes e danos emergentes. Nesse sentido, aliás, foram as conclusões redigidas pelo Conselho Nacional de Justiça no bojo dos trabalhos instaurados por meio das Portarias CNJ n.º 53/2013 e 71/2013, dando conta de que, in verbis:

“...se os indígenas foram desapossados das terras a eles destinadas de forma exclusiva, o “justo título” tantas vezes invocados pelos atuais ocupantes dessas terras não serve para descaracterizar a área como terra indígena de ocupação tradicional. Porém, e ao mesmo tempo, ao Estado incumbe o dever de reparar integralmente os atuais proprietários rurais”¹⁶.

O Conselho Nacional de Justiça (*idem*, p. 123-124) também apontou “a indenização do produtor rural por ato ilícito do Estado decorrente da titulação considerada posteriormente ilegítima” como um dos principais instrumentos a serem manejados para a efetiva solução do impasse fundiário originado da demarcação de terras indígenas, inclusive por meio de “inclusão anual de recursos orçamentários para garantia de transferências de terras para as comunidades indígenas, inclusive com a adoção e a divulgação imediata de um cronograma claro e objetivo para solução dos conflitos em cada terra indígena”.

Com tais providências, preserva-se, inclusive, o “direito de propriedade” deveras invocado na exordial e o qual seria desrespeitado com a demarcação da terra indígena Mato Preto. Isso porque **propriedade, no contexto não-indígena, tem a conotação de direito sobre um patrimônio**. Pode-se, pois, entregar aos agricultores qualquer outro imóvel, desde que respeitado o valor de mercado, que o respeito ao direito de propriedade estará assegurado. Contudo, quando se trata de uma comunidade indígena, o mesmo não pode ser dito. **O indígena somente existe, e existe enquanto titular de dignidade, se estiver vivendo**

¹⁶ p. 92 do Relatório disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/relatorio_indios_ms.pdf>

sobre a terra com a qual mantenha laços de identidade cultural. Trata-se, assim, de direito identitário, integrante do conceito de dignidade humana, **que dá preferência a esse quando submetidos a juízo de sopesamento.**

Ademais, no que toca ao “direito adquirido”, melhor sorte não assiste à tese autoral. Busca-se em Daniel Sarmento¹⁷, uma vez mais, luzes sobre o tema. Leciona ele (os grifos são nossos):

“Sem embargo, o entendimento amplamente dominante no país é de que o art. 5º, inciso XXXVI, do texto magno, que proíbe o legislador de desprezitar o direito adquirido, constrangeria também o constituinte reformador. De acordo com esta corrente doutrinária, assim seria porque o direito adquirido configura direito individual, razão pela qual teria sido posto ao abrigo do poder de reforma constitucional pela cláusula limitadora estampada no art. 60, §4º, inciso IV, da Lei Maior.

(...)

...se é verdade que, como postula a doutrina, os limites materiais de revisão constitucional prestam-se para a proteção do núcleo de identidade da Constituição, impedindo o seu aniquilamento pelo constituinte derivado, não é menos certo que estes limites não podem ser super dimensionados — sob pena de grave comprometimento do princípio democrático —, e devem ter o seu foco voltado primariamente para a salvaguarda daqueles valores que traduzam a essência da idéia de justiça e de Direito subjacente ao ordenamento constitucional, que no Brasil, não por acaso, coincidem com aqueles necessários para a construção de uma democracia inclusiva, pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir alguma estabilidade às relações jurídicas de que participem. Por isso, ninguém questiona que a segurança jurídica constitui um valor

17 SARMENTO, Daniel. DIREITO ADQUIRIDO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp> >. Acesso em: 12 de jun 2015.

fundamental construção de uma sociedade harmônica, sendo a sua garantia um ingrediente vital para a edificação de um ordenamento jurídico moralmente aceitável.

(...)

Uma das mais relevantes salvaguardas da segurança jurídica repousa no princípio da irretroatividade das leis, acolhido, através de formas e fórmulas variadas, pela expressiva maioria dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados. Assim, é amplamente aceita a idéia de que as leis devem dispor para o futuro, já que o efeito retrooperante das normas gera incerteza e instabilidade, prejudicando a capacidade das pessoas de planejarem e organizarem suas vidas, de acordo com o direito em vigor.

(...)

No direito positivo brasileiro não se garantiu propriamente a irretroatividade da lei, a não ser em sede penal (com exceção da lei benéfica) e tributária.

(...)

E, neste ponto, é importante deixar desde já assentada uma premissa: a segurança jurídica — idéia que nutre, informa e justifica a proteção constitucional do direito adquirido —, é, como já se destacou, um valor de grande relevância no Estado Democrático de Direito. Mas não é o único valor; e talvez não seja nem mesmo o mais importante dentre aqueles em que se esteia a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição, e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança jurídica for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos

valores.

(...)

Talvez seja possível traçar aqui um paralelo com o direito de propriedade, também qualificado pela Constituição como um direito fundamental, mas que, não obstante, deixou de ser visto pela doutrina contemporânea como aquele direito absoluto, sacrossanto e intangível, de que falavam as declarações de direitos do século XVIII e os códigos liberais do século XIX. De fato, a proximidade conceitual e ideológica entre o direito de propriedade e o direito adquirido é inequívoca: ambos são peças importantes no arcabouço institucional de uma sociedade livre e capitalista, mas que, vistos de forma absoluta, revelam-se como garantias jurídicas do status quo, que servem muito mais aos que já têm direitos do que aos que nada têm, protegendo antes os incluídos aos excluídos do pacto social.

Sob este prisma, não vemos o que justifica, ao ângulo dos valores albergados pela Constituição, que se aceite a dessacralização do direito de propriedade, em face de imperativos sociais impostergáveis ditados pelo texto magno, mas não a do direito adquirido. Não entendemos porque a categoria do direito adquirido, forjada no apogeu do Estado Liberal, tenha de ser mantida no interior de uma redoma, alheia à mudança dos tempos e protegida de toda sorte de compressões e relativizações decorrentes de conflitos com outros bens jurídicos revestidos de estatura constitucional.

(...)

No caso, a natureza dos bens jurídicos e valores envolvidos na proteção do direito adquirido, a arena empírica em que incide a garantia em pauta, povoada também por outros princípios constitucionais tendencialmente conflituosos, aliadas à cosmovisão que temos da Carta de 88 — uma Constituição profundamente comprometida com a transformação das relações sociais no país — tudo isto nos inclina a sustentar que a salvaguarda do direito adquirido traduz um típico princípio constitucional,

que, como tal, abre-se para ponderações com interesses contrapostos de mesma envergadura.”

Cediço, aliás, que não há direito adquirido em face da Constituição, como já salientou o Min. Moreira Alves no RE n.º 94.414, alertando que mesmo nas constituições que vedam leis retroativas, essa orientação dirige-se ao legislador ordinário, não ao próprio constituinte. A nova ordem constitucional rompe com a anterior e inaugura um novo Estado. Preservam-se apenas os direitos por ela expressamente ressalvados. Nesse viés, os títulos de propriedade atribuídos a eles, seja porque havia vedação expressa quando da alienação (mas ainda assim forjados numa predatória política de colonização das terras indígenas), seja porque hoje se faz premente para a sobrevivência dos indígenas, não possuem valor jurídico.

Se o direito dos indígenas às terras marcadas pela tradicionalidade antecede, sem limite no tempo, a prática do ato que a declarou (a Portaria ora vergastada), indubitado que todo ato que de qualquer modo atribua a terceiros a posse, propriedade ou qualquer outro direito sobre essas terras é nulo, não servindo, pois, de fundamento contra a pretensão demarcatória.

Conclui-se, pois, que a decisão do Ministro da Justiça, formalizada na Portaria n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012 (Evento 366, PROCADM13, Página 11), lastreou-se em procedimento que atentou idoneamente à identificação dos caracteres de tradicionalidade da ocupação indígena vazados no artigo 231 da Constituição Republica, bem como às formulas procedimentais previstas no Decreto n.º 1.775/96, razão pela qual tanto o procedimento administrativo de demarcação da terra indígena, quanto a Portaria Ministerial nele alicerçada, devem ser mantidos hígidos para produzirem seus efeitos.

3. O MARCO TEMPORAL e a SÚMULA 650 DO STF

Além dos ataques dirigidos ao mérito do processo demarcatório (sobre os quais se discorreu acima), os autores buscam fulminar a Portaria Declaratória valendo-se de dois argumentos centrais, ambos extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro deles, e o principal, impugna a decisão ministerial por ter supostamente ignorado o fato de que os caracteres da ocupação tradicional deveriam ter levado em consideração a efetiva presença dos indígenas na área reivindicada quando do advento da vigente constituição. É a tese do “marco temporal”, adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Pet. 3.388/RR, referente à demarcação contínua das terras indígenas Raposa e Serra do Sol, no estado de Roraima, fundamento esse que se contrapõe à doutrina do indigenato, sobre a qual se discorreu acima.

A tese não pode prosperar.

A uma, porque o que fora decidido no julgamento da Pet. 3.388/RR limitou-se àquele caso específico, não vinculando outros litígios que envolvam disputa por terras indígenas. Tratou-se de julgamento de caso concreto submetido àquela Corte por força do conflito federativo firmado entre o estado federado e a União, de modo que seus efeitos estão restritos às partes envolvidas e não servem de fundamento para a pretensão dos autores.

A duas, porque o ataque dos autores dirige-se à Portaria Declaratória e ao procedimento administrativo que deu suporte a ela. Ambos os expedientes tem seu rito e mérito definidos em normas que em momento nenhum fazem referência à temporalidade da ocupação, mas exclusivamente à presença da identidade cultural do grupo com a terra tradicional.

A três, porque a tese do fato indígena, ou do marco temporal, carrega em si uma terrível carga de preconceito e de violência institucional contra os povos indígenas, pois ratifica e mantém a violência histórica cometida contra eles, na contramão de todo o arcabouço jurídico interno e internacional que regula as relações com esses povos. Afinal, se no passado foram os atos de violência cometidos pelos “colonos” e pelo Estado no bojo das políticas colonizatórias que impuseram o esbulho das terras indígenas e a quase (essa a intenção que sempre os imbuíu) extinção desses povos, utilizar justamente o argumento de que os indígenas não retornaram para as terras tradicionais antes do advento da Constituição de 1988 é de uma insensatez gigantesca. Não há dignidade institucional na conduta do Estado de sufragar a atuação ilegítima de anos de esbulho.

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

A cinco, porque a Constituição Federal foi de clareza solar ao afirmar que os direitos dos indígenas sobre as terras tradicionais é originário, ou seja, congênito; não se perde no tempo, desde que presentes as marcas atuais de tradicionalidade.

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

Outro fundamento veiculado na prefacial e nas manifestações seguintes invoca a aplicação da Súmula n.º 650 do STF, cujo enunciado afirma que a proteção constitucional das terras tradicionais “...*não alcançam aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”. Esse verbete não se aplica à espécie porque, como exposto, os indígenas guaranis de Mato Preto nunca perderam os laços com as terras esbulhadas pelo estado e cedidas para loteamento aos autores e seus antecessores, razão pela qual a posse indígena no caso telado não é imemorial, mas atual. Pontue-se que a ideia de imemorialidade e laços atuais e permanentes com determinado território deve ser aferido a partir do ponto de vista do grupo, trabalho que é realizado (e o foi neste caso) por antropólogo devidamente habilitado e não pela visão do grupo que promoveu o esbulho.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o contexto fático e probatório contido nos autos, espelhados nos argumentos acima, o PARECER do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL é no sentido de que:

a) A instrução do processo administrativo demarcatório obedeceu rigorosamente as prescrições do Decreto n.º 1.775/96 e da Portaria FUNAI n.º 14/96, de modo que não há nele vícios capazes de invalidá-lo;

b) A Portaria MJ n.º 2.222, de 21 de setembro de 2012, é formalmente válida e legítima, devendo, pois, permanecer incólume;

c) O Relatório Circunstanciado logrou apontar que os 4.230 ha situados nos municípios de Erechim, Erebango e Getúlio Vargas apontados na Portaria Declaratória são de ocupação tradicional Guarani e se destinam à sua posse permanente, são necessários para suas atividades produtivas, são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e são necessários para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, razão pela qual deve ser demarcada em favor da Comunidade Indígena de Mato Preto;

d) A tese do marco temporal e a súmula n.º 650 do e. Supremo Tribunal Federal são inaplicáveis na espécie e mesmo que aplicável a tese do marco temporal, a situação posta se enquadra, de forma nítida, na exceção do esbulho renitente,

motivos pelos quais OPINA pela total improcedência da presente demanda.

Erechim, RS, 29 de junho de 2015.

CARLOS EDUARDO RADDATZ CRUZ,

Procurador da República.



Documento eletrônico assinado digitalmente por **CARLOS EDUARDO RADDATZ CRUZ**, Procurador(a) da República, em 29/06/2015 às 13h18min.
Este documento é certificado conforme a MP 2200-2/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

MPF
Ministério Público Federal

Avenida Quinze de Novembro, n.º 55 - 3º andar, CEP: 99700-000 - Erechim/RS
Fone/Fax: (54) 3522-9718 / 9680 - e-mail: prm-ere@prrs.mpf.gov.br