

MANDADO DE SEGURANÇA 32.709 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
IMPTE.(S) : OSNILDO OSMAR SILVEIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : GUILHERME DE ALMEIDA BOSSLE
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO:

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por OSNILDO OSMAR SILVEIRA e ADEMIR PIAZERA em face da PRESIDENTA DA REPÚBLICA, com o objetivo de impedir a expedição de decreto homologatório de demarcação da “Terra Indígena Morro dos Cavalos”, a qual abrange, dentre outras, suas propriedades identificadas no Cartório de Registro de Imóveis de Palhoça pelas matrículas nºs 9.116 e 6.577, respectivamente.

Na peça vestibular, os impetrantes narram que:

a) em 1992, com base em trabalho acadêmico elaborado em 1975, a antropóloga Maria Inês Martins Ladeira, à época presidente da organização não-governamental Centro de Trabalho Indigenista (CTI), requereu à FUNAI a deflagração do processo demarcatório, autuado como Processo Administrativo nº 08620.002359/93-62. Nesse tocante, argumenta:

“45. A antropóloga anexou ao ofício, dentre outros documentos, o trabalho acadêmico a que nos referimos, além de um relatório elaborado em 23 de junho de 1986, intitulado ‘Notícia sobre a Questão da Terra e as Condições de Vida dos Guarani e Mestiços do Morro do Cavalos’. Ambos os estudos atestam a existência, na década de 70, de uma única família indígena naquele local, da etnia Guarani Nhandevá. Também foi anexado ao ofício um levantamento topográfico realizado pela própria ONG CTI, o qual atesta que a área da comunidade indígena, em 21 de outubro de 1991, era de 16,40 hectares.”

b) foi editada a Portaria nº 973/93, por meio da qual se constituiu um

“Grupo Técnico” chefiado pelo antropólogo Wagner Antônio de Oliveira, o qual concluiu, em 1995, o “Relatório de Identificação e Delimitação” com a proposta “de demarcação de 121,8 hectares”, ficando consignada a presença de “uma única família indígena” no local.

Consta também do referido relatório que:

“recentemente – portanto pouco antes de outubro de 1995, já na década de 90 -, chegaram ao local índios da etnia Guarani Mbyá, o que confirma todos os outros estudos, no sentido de que, à época da promulgação da Constituição de 1988, apenas Rosalina Moreira, casada com um não-índio, ocupava o Morro dos Cavalos.”.

c) em 2000, a “Delegação Representativa das Comunidades Indígenas do Litoral de Santa Catarina” requereu a desconsideração do relatório acima aludido e a formação de um novo grupo de trabalho para reformular o estudo, adequando-o à Constituição Federal de 1988 e à Portaria nº 14/96, o que deu ensejo à elaboração do Memorando nº 397 do chefe do Departamento de Identificação e Delimitação da FUNAI. A esse respeito, os impetrantes discorrem:

“53. Consta do Memorando nº. 397, inicialmente, a afirmação – de resto incontroversa – de que *‘de 1975 até 1993, esta terra indígena [Morro dos Cavalos] foi ocupada por cerca de uma dezena de índios Nhandevá’*. Trata-se da família do patriarca Júlio Moreira, sendo que a última remanescente, Rosalina Moreira, deixou o local exatamente nessa época. Prossegue-se, no Memorando, dizendo que *‘a partir de 1994, teve início a ocupação dos Mbyá, que hoje somam mais de uma centena’*, daí porque *‘a área identificada e delimitada pelo GT da Portaria nº. 973/93 [121,8 ha] não poderia contemplar a situação atualmente verificada naquela terra indígena’*.

(...)

55. Quer dizer, os ‘novos trabalhos’ de delimitação levariam em conta a ocupação dos Mbyá que teve início a partir

de 1994, tanto que o Memorando contém a ressalva de que as necessidades desses indígenas deveriam ser supridas 'fazendo uso do disposto no art. 26 da Lei nº 6.001, de 19.12.73', e não com base no art. 231 da Constituição."

d) o presidente da FUNAI publicou, então, a Portaria nº 838/01, "que constituiu o Grupo Técnico responsável pelos novos estudos e levantamentos de identificação e delimitação da TI Morro dos Cavalos, relativamente à ocupação dos Guarani Mbyá", com a participação de Maria Inês Martins Ladeira, na condição de antropóloga-coordenadora;

e) o novo relatório concluiu que "uma área de 1.988 hectares do Morro dos Cavalos seria 'tradicionalmente ocupada pela população indígena local'" e foi aprovado pelo Presidente da FUNAI e publicado no Diário Oficial da União, em 18/12/02, bem como afixado na sede da prefeitura de Palhoça;

f) em 20/10/05, o Estado de Santa Catarina requereu ao Ministério da Justiça "a improcedência da pretensão de se declarar como Terra Indígena a localidade de Morro dos Cavalos", bem como apresentou "cópia do Acórdão nº. 533/2005, do Tribunal de Contas da União, que tratou das denúncias de possíveis irregularidades na escolha da travessia do Morro dos Cavalos, que faz parte do projeto de duplicação da BR-101-Sul, entre Palhoça e Osório-RS".

Nesse ponto, advertem que:

"o laudo antropológico do projeto de duplicação da BR-101 foi produzido pela antropóloga MARIA INÊS MARTINS LADEIRA – sempre ela –, o que levou à escolha por um projeto antieconômico – dois túneis ao invés de apenas um – com grave prejuízo ao erário, haja vista a existência dos indígenas Guarani Mbyá no Morro dos Cavalos. Pedia-se, dentre outras coisas, que o laudo antropológico fosse realizado por profissionais isentos e não ligados à defesa dos interesses daquela comunidade indígena."

g) tendo em vista a intervenção do Estado de Santa Catarina,

determinou-se a reavaliação do relatório. Em cumprimento a essa determinação, a FUNAI designou uma funcionária antropóloga “para realizar diligências quanto ao Relatório de Identificação da TI Morro dos Cavalos”. Nesse tocante, os impetrantes alegam que:

“as diligências da antropóloga Blanca Guilhermina Rojas, consubstanciadas no Parecer nº. 002/CGID-2007, de 31 de maio de 2007, resumiram-se a analisar os memoriais oferecidos pelo Estado de Santa Catarina e o Acórdão do Tribunal de Contas da União, relatando, ainda, as pressões que sofreu por parte de ONG CTI, não tendo havido uma reanálise aprofundada do Relatório de Identificação e Delimitação do Grupo Técnico coordenado pela antropóloga MARIA INÊS MARTINS LADEIRA.

70. Na verdade, o referido Parecer foi inconclusivo, não tendo feito mais que alertar a FUNAI para a necessidade de se optar entre as fundamentações antropológicas e de ordem legal.”.

h) por meio do Memorando 34/08, a FUNAI eximiu-se de indicar a fundamentação, se legal ou antropológica, da demarcação, limitando-se a dar continuidade ao processo administrativo ante a existência de “consistência antropológica [no] Relatório de Identificação e Delimitação elaborado pelo Grupo Técnico coordenado pela antropóloga MARIA INÊS MARTINS LADEIRA”;

i) foi editada a Portaria Declaratória nº 771/08, publicada no DOU de 22/4/08,

“que declarou como ‘de posse permanente dos grupos indígenas Guarani Mbyá e Nhandéva a Terra Indígena MORRO DOS CAVALOS, com superfície aproximada de 1.988 hectares (mil, novecentos e oitenta e oito hectares) e perímetro também aproximado de 31 Km (trinta e um quilômetros) [...]’. No seu art. 2º, a Portaria determinou que a FUNAI promova a demarcação da TI Morro dos Cavalos para posterior

homologação pela Presidente da República, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei nº. 6.001, de 1973, e do art. 5º do Decreto nº. 1.775, de 1996.”

Os impetrantes defendem a tese de que possuem direito líquido e certo à manutenção de suas propriedades, sendo a controvérsia passível de solução a partir “[do] mero confronto entre os elementos documentais constantes do processo administrativo demarcatório e as regras e princípios jurídicos aplicáveis à espécie”.

Argumentam que o Processo Administrativo nº 08620.002359/93-62 está eivado de ilegalidades, razão pela qual não deve ser homologado pela Presidenta da República.

Os fundamentos levantados pelos impetrantes podem ser assim sintetizados:

a) a atuação da antropóloga Maria Inês Martins Ladeira como coordenadora do grupo técnico instituído pela FUNAI com o objetivo de identificar e delimitar a terra ocupada pelos indígenas no Morro dos Cavalos fere os princípios constitucionais (art. 37, **caput**, da CF/88) e legais (art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/99) da Administração Pública.

Os impetrantes aduzem que, por figurar como autora do requerimento de demarcação das terras – apresentado quando ocupava a posição de presidente da organização não-governamental Centro de Trabalho Indigenista (CTI) –, Maria Inês Martins Ladeira estaria impedida de atuar no Processo Administrativo nº 08620.002359/93-62, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 9.784/99, sendo incontroverso o seu interesse na solução da questão em favor dos indígenas.

b) os interessados em compor a demanda não foram cientificados da abertura do processo administrativo demarcatório das terras indígenas, bem como da publicação do relatório final, o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa, prescritos no art. 5º, LV, da CF/88.

Sustentam que o exercício do direito de pleitear indenização, questionar vícios do procedimento ou instruir o processo com

MS 32709 / DF

documentos que entender pertinentes (art. 2º, § 8º, do Decreto 1.775/96) – passível de ser exercido desde o início do procedimento demarcatório até 90 (noventa) dias após a publicação do relatório – “pressupõe que o interessado no processo seja notificado pessoalmente”, não sendo suficiente a publicação em meio oficial.

Para corroborar com a tese, os interessados apontam a jurisprudência do STF no sentido da nulidade do decreto expropriatório para fins de reforma agrária quando o proprietário do imóvel não é notificado prévia e pessoalmente da vistoria, bem como a decisão na ADI nº 4.624/TO, em que “o Supremo Tribunal Federal restabeleceu a necessidade de intimação pessoal em demarcação de terras de marinha”;

c) Defendem que há vício de ordem pública a envolver o Estado de Santa Catarina, pois embora esse ente tenha intervindo no procedimento, a sua participação deveria ter ocorrido de forma mais abrangente. Em defesa dessa tese, sustenta que o Ministro **Celso de Mello**, no voto proferido na Pet nº 3.388/RR, alertou “para a necessidade de realização (...) de audiência pública para se resguardar a autonomia institucional do Estado-membro em face de substancial redução de sua base física”.

d) o pressuposto de fato para a demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos não é compatível com o art. 231 da Constituição Federal de 1988 e com os “parâmetros de interpretação constitucional” delimitados pelo STF no julgamento da Pet nº 3.388/RR, no qual firmou o STF que o requisito constitucional da tradicionalidade na ocupação indígena das terras tem como marco temporal a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, não sendo possível reconhecer a existência de direito originário sobre as terras aos índios quando a ocupação for posterior à 5/10/88, como seria o caso dos autos.

Os impetrantes advertem que, no caso dos autos, restou evidenciado:

“apenas a ocupação indígena do Morro dos Cavalos no ano de 2002, sendo que todas as conclusões, especialmente quanto à extensão da demarcação, tiveram a influência de uma situação atual, não pela situação existente à época da

promulgação da Constituição.”.

Afirmam, ainda, que as cerca de 150 (cento e cinquenta) famílias que atualmente ocupam a região não sobrevivem do cultivo do solo, da caça ou da pesca, mas da venda de artesanato em Florianópolis ou às margens da BR-101, não havendo justificativa para a demarcação da extensão de terra proposta.

Para corroborar com a tese de ausência de tradicionalidade na ocupação das terras pelos índios Guarani Mbyá, destacam que:

“a designação do Grupo Técnico coordenado pela antropóloga MARIA INÊS MARTINS LADEIRA deveu-se ao fato de os laudos antropológicos anteriores não terem contemplado a chegada dos Guarani Mbyá ao Morro dos Cavalos **a partir do ano de 1994**, que transformaram consideravelmente o status fático da comunidade indígena” (grifei).

Requereram o deferimento de medida cautelar para “orden[ar] à autoridade coatora que se abstenha de homologar, por meio de Decreto, a Portaria MJ nº. 771/2008, enquanto não houver sido julgado, em definitivo, o presente mandado de segurança”.

No mérito, postulam que seja declarada a “nulidade da Portaria MJ nº. 771/2008”, tornando definitiva a ordem de abstenção de prática de ato homologatório pela Presidenta da República quanto à demarcação da “Terra Indígena Morro dos Cavalos”.

Em decisão de 10/2/14, indeferi a liminar pleiteada ante a ausência dos requisitos autorizadores para sua concessão.

A autoridade impetrada apresentou as informações solicitadas (doc. eletrônico nº 54), das quais destaco:

“(…)

12. Pretendem os Impetrantes discutir, na via estreita do mandado de segurança, o suposto direito de não terem

declaradas como terras indígenas a área sobre a qual possuem título de propriedade. Entendem que não são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as destinadas a compor a Terra Indígena Morro dos Cavalos.

13. No caso, tem-se que a via eleita não é adequada à tutela dos interesses dos Impetrantes.

14. Isto porque a discussão dessa matéria, que demanda extensa dilação probatória ante a complexidade do tema, não tem lugar no rito sumaríssimo do Mandado de Segurança. É sabido que a discussão acerca da tradicionalidade da ocupação indígena deve ser analisada sobre o prisma técnico da história e natureza da ocupação, e sendo assim, demanda produção probatória, o que é inviável no rito do *writ of mandamus*, que exige prova pré-constituída.

(...)

23. Pretendem os Impetrantes que a autoridade requerida se abstenha de homologar, via decreto, a demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, por entenderem que o processo contém erros grosseiros, graves violações a princípios legais e constitucionais.

24. Os argumentos expendidos na inicial, com a devida vênia, não merecem prosperar. O processo demarcatório em comento se desenvolveu em conformidade com as normas pertinentes à espécie, como se pode intuir da manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI consubstanciada na INFORMAÇÃO Nº 003/2014/CAC/PFEFUNAI/PGF/AGU-COMAF. Vejamos:

‘Com relação ao Processo de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, este teve início a partir de reivindicação apresentada pelos índios Guarani da região à uma entidade que prestava apoio àqueles indígenas ante a ausência do Estado na área à época.

Assim, foi constituído um primeiro grupo técnico cujo Relatório não foi aprovado pela Presidência da

FUNAI, uma vez que não respeitava a Constituição Federal, nem os parâmetros estabelecidos no Decreto nº 1.775/96 e na Portaria MJ nº 14/96.

Constituído novo GT, o Resumo do Relatório Circunstanciado foi aprovado pelo Despacho FUNAI/PRES nº 201/2002 e publicado no Diário Oficial da União de 18/12/2002 e no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina de 04/02/2003.

Após isso, o Impetrante Osnildo Osmar Oliveira apresentou impugnação administrativa ao processo de identificação e delimitação, a qual foi julgada improcedente.

Evidente, portanto, que não se pode falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Ele tanto existiu, que um dos Impetrantes apresentou impugnação ao procedimento demarcatório.

Assim, foi declarada a área da Terra Indígena Morro dos Cavalos como de posse permanente do grupo indígena Guarani e determinada a demarcação administrativa da terra, tudo conforme a Portaria MJ nº 771, de 18 de abril de 2008, publicada no Diário Oficial da União de 22 de abril de 2008.'

25. No que se refere à alegada ausência de notificação prévia dos ocupantes não índios, conforme o procedimento estabelecido no Decreto de nº 1.775, de 1996, a notificação se dá após a realização de estudos e elaboração de Relatório Circunstanciado, (do qual consta um relatório fundiário), ocasião em que são identificados os ocupantes não índios da área.

26. Tal procedimento, estabelecido pelo Decreto de nº 1.775, de 1996, apresenta constitucionalidade, acorde com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

29. Sobre a alegação de que Portaria nº 771/2008 se

encontra maculada porque a abertura do processo de demarcação foi requerida pela antropóloga que elaborou e subscreveu o Relatório de Identificação e Delimitação, a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI prestou os seguintes esclarecimentos:

'4. (...) consta do processo nº 08620.002359/1993 carta s/n, datada de 18.03.93, de autoria da antropóloga Maria Inês Ladeira, do Centro de Trabalho Indigenista, em que informa que foi procurada pelos indígenas de Morro dos Cavalos em razão de uma ameaça de expulsão por pretensos proprietários, e solicita à Funai o deslocamento de um técnico *'para se inteirar dos detalhes da situação, orientar a comunidade e fazer os encaminhamentos necessários'* (Fl. 2). Em suma, não se trata de reivindicação por identificação de terra pautada por aquele organismo não governamental (...), mas, tão somente, um encaminhamento de Entidade Indigenista à Funai informando a situação dos indígenas que se encontravam naquela região, onde não existia, ainda (...), a Unidade Administrativa da Funai em Palhoça -SC'."

30. Relativamente à participação dos entes federados no procedimento de identificação e delimitação, a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI assim se manifestou:

29 Em relação à participação dos entes federados, no procedimento de identificação e delimitação, esclarecemos que, de acordo com o Decreto nº 1775/96, desde o início do procedimento até 90 dias após a publicação do Relatório Circunstanciado no Diário Oficial da Unidade Federada é possível a qualquer interessado ingressar com contestações e contrarrazões fundamentadas, que, inclusive auxiliem no processo de identificação e delimitação. No caso em tela, a Prefeitura Municipal de Palhoça foi uma das contestantes em âmbito

administrativo, demonstrando seu total conhecimento sobre os estudos conduzidos.

(...)

31. No que diz respeito à alegação dos impetrantes de que as terras em litígio não se amoldam ao conceito de ocupação tradicional indígena, contido no art. 231, § 1º da Constituição Federal, a INFORMAÇÃO TÉCNICA nº 012/2014/DPT/2014, da Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI, elucida a questão arguida na impetração, *verbis*:

‘Tradicionalidade indígena

5. Acerca das alegações sobre a inexistência de tradicionalidade indígena na TI Morro dos Cavalos, cabe esclarecer que (...) o território ocupado pelos Guarani nos séculos XVI e XVII abrangia a costa atlântica, desde o Rio Grande do Sul até o Estado de São Paulo, se estendendo no interior pela margem oriental do Paraguai e pelas duas margens do Paraná. Em Santa Catarina a presença Guarani foi registrada por viajantes que ali aportaram, como Gonevilie (1504), Aleixo (1515), Caboto (1526), Cabeza de Vaca (1541), Hans Staden (1548) e Schimidel (1552). Esses viajantes fizeram contato com grupos Guarani, que lhes forneceram hospedagem, alimentos e lhes serviam como guias em suas expedições por terra. Durante o processo de colonização os Guarani, em alguns casos, foram se dispersando dos locais que ocupavam no litoral como meio de se manterem distantes dos colonizadores.

(...)

19. Dessarte, somente com o regular processo de demarcação se poderá atestar se havia ocupação indígena resistida ou pacífica nas glebas em 1988 ou se abandonadas estavam estas antes da promulgação da Carta Federal, incidindo a teoria do fato indígena, ou a teoria do indigenato, se restar incontroverso que a reocupação foi inviabilizada por atos

de expropriação territorial praticados por não-índios.

20. Em sendo assim, tem-se que o marco temporal deverá ser afastado, quando houver comprovação de que os índios só não estavam habitando tradicionalmente determinada área em virtude de violência ou esbulho, restabelecendo-se os critérios da teoria do indigenato na demarcação da reserva indígena, pautada no marco da tradicionalidade da ocupação.” (doc. eletrônico nº 54)

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento parcial do **mandamus**, em parecer assim ementado (doc. eletrônico nº 56):

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA MORRO DOS CAVALOS. DEMARCAÇÃO. VÍCIOS. ÁREA DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA. DISCUSSÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA. AFASTAMENTO DAS IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO PARCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não é cabível a discussão, na via estreita do mandado de segurança, sobre a questão relativa à alegada ausência de ocupação tradicional indígena sobre o imóvel objeto do decreto expropriatório, por demandar extensa dilação probatória.

2. Impossibilidade de se refazer, no campo de conhecimento limitado do mandado de segurança, a dinâmica relativa à ocupação da área sob litígio.

3. Da mesma forma, não é cabível, neste instrumento processual, o questionamento sobre a isenção da antropóloga que subscreveu o Relatório de Identificação e Delimitação, por também desafiar dilação probatória.

4. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado na presente impetração, decorrente do afastamento das supostas irregularidades formais apontadas pelos impetrantes.

5. Parecer pelo conhecimento parcial do *mandamus* e, neste ponto, pela denegação da ordem.”

É o relatório. Decido.

De início, ressalto que o mandado de segurança é remédio constitucional colocado à disposição do jurisdicionado quando seu direito líquido e certo estiver sendo violado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade. **Vide** o que dispõe o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (grifou-se).”

Para conhecimento do mandado de segurança, exige-se a presença de direito líquido e certo. Sobre o tema, a doutrina ensina que:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meio judiciais. (MEIRELLES, Hely

Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34) .”

A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica acerca da impossibilidade de se discutir, por meio de mandado de segurança, questões controvertidas que envolvam discussão de fatos e provas, em razão de o rito sumário especial da ação não comportar dilação probatória. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. POSSE INDÍGENA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A verificação da posse indígena em processo de demarcação de terras exige dilação probatória, o que não é admitido em sede de mandado de segurança. Precedente: MS 25.483/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/9/2007 2. O art. 2º, § 8º, bem como o art. 9º do Decreto nº 1.775/1996 asseguram a todos atingidos pelo procedimento demarcatório o direito de se manifestar até 90 (noventa) dias após a publicação, em meio oficial, do resumo do relatório técnico, podendo contestar todas as alegações apresentadas no procedimento demarcatório. 3. In casu, conforme teor da Portaria nº 298 do Ministério da Justiça, as agravantes contestaram as alegações levantadas, razão pela qual não há que se cogitar violação à ampla defesa. 4. Ademais, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual o processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto nº 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem. Precedentes: RMS 24.045, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 05/8/2005, MS 21.660, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJ 7/12/2006; MS 21.892, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/8/2003. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”. (RMS 27255/DF-AgR, Relator o Min. **Luiz Fux**, Primeira Turma, DJe de 11/12/15).

“MANDADO DE SEGURANÇA WRIT MANDAMENTAL IMPETRADO COM O OBJETIVO DE ASSEGURAR, AO SEGUNDO SUPLENTE, A INVESTIDURA NO MANDATO DE SENADOR ALEGADA OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO E FRAUDE NO PROCESSO ELEITORAL DE 2006 SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA E ILIQUIDEZ DOS FATOS IMPETRAÇÃO QUE BUSCA, AINDA, REDISCUTIR ATO TORNADO IRRECORRÍVEL CONCERNENTE AO FUNDO DA CONTROVÉRSIA QUE JÁ FOI OBJETO DE RESOLUÇÃO JUDICIAL, COM TRÂNSITO EM JULGADO, NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL IMPOSSIBILIDADE O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONSTITUI SUCEDÂNEO DA AÇÃO RESCISÓRIA SÚMULA 268/STF PRECEDENTES PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. **A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes. A simples existência de matéria de fato controvertida revela-se bastante para tornar inviável a utilização do mandado de segurança, que pressupõe, sempre, direito líquido e certo resultante de fato incontestável, passível de comprovação de plano pelo impetrante.** O remédio constitucional do mandado de segurança não tem cabimento quando utilizado com o objetivo de desconstituir a autoridade da coisa julgada. O ordenamento

jurídico brasileiro contempla, para esse efeito, um meio processual específico: a ação rescisória. (MS nº 30.523/DF-AgR, Relator o Min. **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, DJe de 04/11/14).

“Agravos regimentais. Mandado de segurança. Desapropriação. Reforma agrária. Individualização dos imóveis. Inexistência de condomínio. **Nulidade do laudo agrônomo de fiscalização. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade de produção de provas em mandado de segurança.** Área de proteção ambiental. Existência de requerimento de licença prévia. Agravo não provido. 1. O entendimento pacífico desta Corte é no sentido da impossibilidade de se discutir, em ação de mandado de segurança, questões controversas que não demonstrem claramente lesão a um direito líquido e certo, por demandarem dilação probatória. Precedentes. 2. É possível a realização de desapropriação para fins de reforma agrária em imóveis abrangidos por áreas de proteção ambiental, desde que cumprida a legislação pertinente. Precedentes. No presente caso, foi requerida licença prévia para assentamento de reforma agrária. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (MS nº 2.406/DF-AgR, de **minha relatoria**, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/13, grifei).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – CEBAS. REGULARIDADE E APLICABILIDADE DO PERCENTUAL DE 20% DA RECEITA BRUTA EM GRATUIDADE. **IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA.** PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RMS nº 28.029/DF, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, Primeira Turma, DJe de 6/6/12, grifei).

Depreende-se dos autos que o laudo antropológico que compõe o “Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos” (documento eletrônico nº 19), elaborado pelo novo grupo técnico designado pela Portaria nº 838/2001 e aprovado pelo Despacho nº 201/2002 do Presidente da FUNAI (doc. eletrônico nº 23), concluiu que “a área proposta de cerca de 1.988ha, conforme mapa e memorial descritivo da Terra Indígena Morro dos Cavalos a seguir, é tradicionalmente ocupada pela população local, nos termos da legislação vigente”.

O referido despacho, juntamente com o resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da T.I. Morro dos Cavalos, foi publicado na imprensa oficial (no Diário Oficial da União de 18/12/2002 e no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina em 4/2/2003). E após o transcurso de 05 (cinco) anos, nos quais houve a apresentação de contestações pelos interessados e a realização de novas diligências que atestaram a regularidade do processo administrativo, este foi encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça que expediu a Portaria nº 771/2008 (doc. eletrônico nº 36), declarando a TI Morro dos Cavalos como de posse permanente dos grupos indígenas Guarani Mbyá e Nhandevá.

Tem-se, assim, que eventual desconstituição do laudo antropológico que, juntamente com os demais laudos técnicos realizados, compôs o Relatório Circunstanciado, para acolhimento da alegação dos impetrantes de ausência de ocupação tradicional indígena sobre a terra a ser demarcada, demandaria extensa dilação probatória, o que se mostra absolutamente inviável no rito da ação mandamental.

Nesse sentido, **vide** precedentes específicos a respeito da inadequação da via do **mandamus** para solução de controvérsia quanto à natureza e extensão da ocupação por índios para fins de demarcação de terras indígenas:

“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 nº 25.483/DF, Tribunal Pleno,

Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 14/9/07 – grifei).

“Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. 2. **Desapropriação destinada à reserva indígena. 3. Demarcação. 4. Exigência de dilação probatória. 5. Inadequação da via eleita.** Precedentes. 6. Recurso desprovido.” (RMS nº 24.531/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 29/4/05).

“MANDADO DE SEGURANÇA - DILAÇÃO PROBATÓRIA. **Estando a causa de pedir do mandado de segurança direcionada à definição de fatos considerada dilação probatória, forçoso é concluir pela impropriedade da medida.** TERRAS INDÍGENAS - DEMARCAÇÃO. O prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável.” (MS nº 24.566, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 28/5/04).

“Área Indígena. Decreto presidencial homologatório de demarcação indígena. **Mandado de segurança. Via inadequada para discussão sobre a existência ou não de posse imemorial de índios. MS indeferido.**” (MS nº 21.891/MS, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 6/2/04).

Saliente-se que, no caso, o questionamento quanto a ser o Morro dos Cavalos terra tradicionalmente ocupada pelos índios envolveria a análise da dinâmica relacional do grupo indígena ali residente, o que é matéria bastante complexa quando se trata dos Guarani, pois, como destacado no laudo, para este grupo indígena, há distinção entre os conceitos de “terra” e de “território”: terra “refere-se ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado”, a área a ser demarcada e protegida pelo Estado; território, por sua vez, “remete à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base espacial”. Nesse passo:

“a configuração atual do território Guarani não é, pois, determinada por limites geográficos mas pelas relações entre aldeias, ainda hoje estabelecidas nas regiões tradicionais de ocupação. Porém, se não ocupam seu território de forma contígua, esse fato deve-se à expansão das sociedades nacionais e não à perda de tradição desses índios com seu território. Ao contrário, os Guarani conservam uma relação simbólica e prática com o que chamam de mundo original. Conscientes da falta de opções, insistem em preservar suas pequenas áreas onde foram confinados, as quais estão longe de seu ideal de existência. (...)

Os intercâmbios sociais e econômicos entre os Guarani e os movimentos migratórios em direção à costa atlântica são dinâmicas que lhes permitem ao mesmo tempo, preservar seu território e as regras de reciprocidade. Nesse sentido, pode-se dizer que os movimentos dos Guarani se operam num *continuum* em que as relações sociais antigas e novas interagem, integrando o passado e o futuro como condição do presente” (fls. 426 do Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos – doc. eletrônico nº 19 dos autos). GRIFEI.

A documentação constante dos autos, portanto, parece indicar que para a identificação da tradicionalidade da ocupação Guarani há que se considerar que a dinâmica relacional desse grupo indígena com o Morro dos Cavalos não se dá apenas pela sua efetiva presença no local quando do advento da Constituição, mas sobretudo pela sua relação simbólica com a terra, da qual o grupo indígena muitas vezes se afastou pela presença dos colonizadores, sem contudo perder o vínculo com o que chama de mundo original.

Tais apontamentos do laudo, destarte, indicam a complexidade do tema e a impossibilidade de se apreciar a existência de tradicionalidade da ocupação da terra no bojo da estrita via do mandado de segurança, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. No mesmo sentido, é

o parecer do d. Procurador-Geral da República, cujos fundamentos agrego aos aqui expendidos:

“Os impetrantes utilizam-se de extensa narrativa, buscando descrever o que entendem seja a história do grupo Guarani desde os anos 1960, para, ao final, concluir que a ocupação seria recente, não teria o traço marcante da tradicionalidade e que o relatório antropológico teria se baseado nas necessidades do grupo em 2002.

A própria descrição dos fatos, com a trajetória do grupo indígena, trazida pelos impetrantes, demonstra a inviabilidade do uso do mandado de segurança, pois não há prova documental, incontestada, dos dados fáticos em que buscam fundamento os impetrantes.

Pretender, no acanhado espaço procedimental do mandado de segurança, refazer a dinâmica de ocupação da área é absolutamente contraditório e inviável.

Inviável se mostra, também, a discussão quanto à correção dos elementos técnicos de que se utilizou o laudo antropológico para definir o espaço territorial necessário a cumprir as funções de manutenção cultural expressas no artigo 231 da Constituição Federal.

A complexidade fática do tema, que envolve o entendimento da dinâmica relacional do grupo indígena com a área em discussão, não pode ser reduzida a uma análise meramente documental, como se provada estivesse nos autos, como, por sinal, a própria contraposição entre a descrição feita pelos impetrantes e aquela considerada pelo laudo antropológico já demonstra, por contraditórias e incongruentes.”

Deixo, portanto, de conhecer, nesse ponto, do presente mandado de segurança.

No tocante à alegação dos impetrantes de que a antropóloga Maria Inês Martins Ladeira teria atuado no processo administrativo de forma parcial, em favor dos indígenas, insta observar o que informado pela

autoridade impetrada quanto ao ponto:

“29. Sobre a alegação de que Portaria nº 771/2008 se encontra maculada porque a abertura do processo de demarcação foi requerida pela antropóloga que elaborou e subscreveu o Relatório de Identificação e Delimitação, a Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI prestou os seguintes esclarecimentos:

‘4. (...) consta do processo nº 08620.002359/1993 carta s/n, datada de 18.03.93, de autoria da antropóloga Maria Inês Ladeira, do Centro de Trabalho Indigenista, em que informa que foi procurada pelos indígenas de Morro dos Cavalos em razão de uma ameaça de expulsão por pretensos proprietários, e solicita à Funai o deslocamento de um técnico *‘para se inteirar dos detalhes da situação, orientar a comunidade e fazer os encaminhamentos necessários’* (Fl. 2). **Em suma, não se trata de reivindicação por identificação de terra pautada por aquele organismo não governamental (...), mas, tão somente, um encaminhamento de Entidade Indigenista à Funai informando a situação dos indígenas que se encontravam naquela região, onde não existia, ainda (...), a Unidade Administrativa da Funai em Palhoça-SC...’** (grifei)

Vê-se, assim, que não é possível se constatar, de plano, a existência de viés tendencioso na atuação da mencionada antropóloga. Saliente-se que sobre o impedimento e suspeição para atuar em processo administrativo, a Lei nº 9.784/99 assim dispõe:

“Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

- I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II - tenha participado ou venha a participar como perito,

testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau”

Observe-se, portanto, que, ainda que adotado como parâmetro os elencos legais de impedimento e suspeição do servidor público para a análise do caso, nenhuma das hipóteses ali traçadas se apresenta demonstrada nos presentes autos, de modo que não é possível aferir, pelos elementos constantes do feito, a pretendida nulidade. O mero encaminhamento de solicitação indígena ao órgão competente não necessariamente induz ao interesse no deslinde da questão, nem tão pouco se confunde com a participação como perito ou indica amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados.

Transcrevo a esse respeito os termos da manifestação da Procuradoria-Geral da República, os quais adoto novamente como razões de decidir:

“(...) os impetrantes parecem atribuir valor excessivo ao primeiro comunicado formulado por tal antropóloga, pois o texto da provocação à Funai limita-se a noticiar a presença de indígenas na região, que, à época, não contava com a presença do órgão indigenista.

Para extrair de tal correspondência a dimensão pretendida pelos impetrantes, em profundidade tal que venha a contaminar trabalho posterior, que identificou os limites da área, imprescindível a discussão de minúcias que desafiam ampla produção de provas.” (grifei)

Portanto, a falta de comprovação pelos impetrantes quanto ao vício de iniciativa na abertura do processo de demarcação por suposta suspeição da antropóloga afasta a liquidez e a certeza do direito invocado pelos autores.

Quanto às demais irregularidades apontadas pelos impetrantes no processo administrativo que resultou na Portaria nº 771/2008 (doc. eletrônico nº 36), tenho que estas não merecem acolhida, porquanto as informações prestadas pela autoridade coatora revelam que o processo administrativo ora impugnado transcorreu em conformidade com a legislação aplicável à espécie.

Os impetrantes sustentam a nulidade do processo administrativo, em razão da ausência de notificação prévia dos ocupantes não índios sobre a abertura do processo demarcatório das terras indígenas e sobre a publicação do relatório final, o que teria impossibilitado o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados.

Entretanto, o procedimento administrativo estabelecido pelo Decreto nº 1.775/96 **não** prevê em nenhum de seus dispositivos a notificação dos ocupantes da área objeto de identificação como **etapa prévia** para a realização dos estudos iniciais necessários à elaboração do chamado “relatório circunstanciado”, até porque são justamente os estudos de campo, dentre eles, os estudos de levantamento fundiário que podem identificar quem são os ocupantes – indígenas ou não – da área.

Importa destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à constitucionalidade do procedimento previsto no Decreto nº 1.775/96, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme se verifica dos precedentes a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO EM VIAS DE SER PRATICADO PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do *mandamus*. Precedentes. II - **O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.** III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que 'A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar'. V - Agravo regimental a que se nega provimento." (MS nº 31.100/DF-AgR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 2/9/14)

"MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA. Imprescindibilidade de citação da FUNAI como litisconsorte passiva necessária e ausência de direito líquido e certo, por tratar a questão de matéria fática. Preliminares rejeitadas. **Ao estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao**

contraditório e à ampla defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida.” (MS nº 24.045/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 5/8/05).

Trago também à colação os fundamentos da decisão proferida pelo Ministro **Cezar Peluso**, então Presidente da Corte, na apreciação da Suspensão de Segurança nº 4.243/DF, que bem elucidam a questão da não obrigatoriedade de notificação prévia dos ocupantes de áreas objeto de demarcação de terras indígenas:

“1. Trata-se de pedido de suspensão de segurança ajuizado pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, com o objetivo de suspender os efeitos das decisões proferidas, pelo TRF da 3ª Região, na Ação Cautelar Inominada nº 2009.03.00.027052-1, na Apelação Cível nº 2008.60.00.00763-1 e no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.011985-5.

Na origem, a Federação de Agricultura e Pecuária do Estado do Mato Grosso do Sul – **FAMASUL** – **impetrou mandado de segurança (MS nº 2008.60.00.008320-1), com pedido de liminar, visando a obtenção de provimento jurisdicional para que a FUNAI se abstinhasse de realizar, em propriedades rurais da região, quaisquer procedimentos preparatórios, estudos iniciais antropológicos e levantamentos cartográfico, ambiental e fundiário relativos ao procedimento de demarcação do território indígena da etnia Guarani-Kaiowá, sem a prévia notificação de seus ocupantes.**

A liminar foi concedida pelo juízo de primeiro grau.

(...)

2. É caso de suspensão.

De acordo com o regime legal de contracautela (Leis nos 12.016/09, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RISTF), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à

economia públicas.

A suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida somente quando preenchidos todos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas). Nesse sentido:

‘(...) Os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual’ (STA n.º 138/RN, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 19.9.2007).

Nesses termos, a Corte tem entendido, com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, não ser vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, quando a decisão contra a qual se pede a suspensão seja contrária às normas jurídicas. Nesse sentido: SS n.º 846-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, de 29.5.96; e SS n.º 1.272-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, de 18.5.2001.

Na espécie, em juízo de plausibilidade do direito invocado pela requerente, **verifico que a decisão impugnada, ao impor a notificação prévia dos ocupantes de imóveis rurais localizados na região objeto do levantamento fundiário, criou etapa não prevista no procedimento delineado pelo Decreto n.º 1.775/96 e por consequência inviabilizou a realização dos estudos iniciais imprescindíveis ao início do processo de demarcação do território indígena - O que caracteriza a ocorrência, a um só tempo, de gravíssima lesão à ordem pública, nela compreendida a ordem administrativa, e de severa violação às normas constitucionais atinentes à matéria**

(art. 231 da CF/88 e art. 67 do Dispositivo Transitório).

Em sentido semelhante, bem observou o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, em voto vista proferido na SS nº 2.309/STJ:

‘(...) Pois bem, a prévia notificação de proprietários ou ocupantes da área como formalidade essencial para o início do procedimento não está prevista no Decreto 1.775/96, nem foi erigida, em qualquer outro ato normativo, como condição de validade dos atos administrativos iniciais da demarcação. Trata-se de requisito imposto *sponte sua* pelo o órgão judiciário local, por decisão que se mostra ilegítima, já que carente de sustentação normativa e contrária à orientação do STF e do STJ sobre o procedimento demarcatório de terras indígenas.

3. Além de ilegítima, a decisão tem conseqüências imediatas muito graves. A mais evidente é a de inibir até mesmo as providências iniciais de demarcação, previstas no art. 2º e seu parágrafo primeiro do Decreto 1.775/96, consistentes em estudos antropológicos de identificação e delimitação das populações indígenas e de sua localização física. Com isso, ficam inibidas, sem prévia notificação dos proprietários e ocupantes, as próprias diligências de campo tendentes a identificar quem são essas pessoas. Nesse particular, cria-se, como assevera a recorrente, uma situação absolutamente kafkiana: o pedido da FUNAI, inicialmente deferido pelo Juiz de primeiro grau, para que a Federação autora fornecesse a identificação desses interessados (em cuja defesa, aliás, a demanda foi proposta), esse pedido foi rejeitado pela decisão do Tribunal. Assim, essa identificação deve ser feita pela FUNAI. **O absurdo que se criou está justamente nisso: qualquer ato administrativo por parte da FUNAI em relação a essas áreas deve ser antecedido de notificação dos seus ocupantes, inclusive as diligências de campo destinadas a identificar quem são esses**

ocupantes (que, se indígenas ou não, só os estudos vão esclarecer)! (Grifos nossos - fl. 233).

Ademais, a exigência de prévia notificação dos ocupantes dos imóveis rurais, como forma de resguardar a efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é medida desarrazoada. Com efeito, esta Corte já reconheceu a compatibilidade do procedimento demarcatório previsto no Decreto nº 1.775/96 com os referidos princípios constitucionais (cf. MS nº 24.045, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 05.8.2005; e PET nº 3.388, Rel. Min. AYRES BRITO, DJ 25.9.2009).

Por fim, não se pode olvidar que a questão fundiária no Estado do Mato Grosso do Sul tem criado grande insegurança e instabilidade entre os moradores da região, até com o aumento do quadro de violência entre os interessados, de modo que o prosseguimento do procedimento demarcatório do território indígena Guarani-Kaiowá acautelará o interesse público e a efetividade do texto constitucional.

3. Nestes termos, defiro o pedido, para suspender a execução das liminares proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Ação Cautelar Inominada nº 2009.03.00.027052-1, na Apelação Cível nº 2008.60.00.00763-1 e no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.011985-5.” (SS nº 4.243/DF, Relator o Ministro Presidente - Min. Cezar Peluso, DJ de 19/8/10)

Ressalte-se que a garantia do contraditório e da ampla defesa, no âmbito do processo administrativo destinado à demarcação, se dá pela publicação de todos os atos administrativos na imprensa oficial. Além disso, a partir do início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação pelo Presidente da FUNAI do resumo do relatório circunstanciado aprovado, os interessados podem se manifestar, conforme dispõem os §§ 7º e 8º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96, **in verbis**:

“Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente

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

(...)

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

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.”

No presente caso, o Presidente da FUNAI aprovou, por meio do Despacho nº 201/2002 (doc. eletrônico nº 23), o “Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos” e fez publicar na imprensa oficial (DOU de 18/12/2002 e DOE-SC de 4/2/2003) tal despacho, juntamente com o resumo do referido relatório.

Em seguida, segundo informação da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI (Informação nº 003/2014/CAC/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COMAF), que integra a peça de informações prestadas

pela autoridade impetrada,

“o Impetrante Osnildo Osmar Oliveira apresentou impugnação administrativa ao processo de identificação e delimitação, a qual foi julgada improcedente.” (fls. 10 do doc. eletrônico nº 54)

Ora, tendo em vista tal informação, bem como os termos da Portaria nº 771/2008 da FUNAI (doc. eletrônico nº 36), na qual consta que as contestações opostas foram julgadas improcedentes, e, ainda, o pedido de reconsideração apresentado por um dos proprietários de terras inclusas na TI Morro dos Cavalos (doc. eletrônico nº 25), mostra-se descabida a alegação dos impetrantes de que não foram oportunizados aos interessados o contraditório e a ampla defesa.

A análise dos demais documentos e informações carreados aos autos revelam que o contraditório e a ampla defesa foram assegurados no curso no Processo Administrativo FUNAI nº 08620.002359/93-62, em observância ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no art. 2º, §§ 7º e 8º, do Decreto nº 1.775/96.

Relativamente à alegada nulidade por ausência de participação efetiva dos entes federados no processo administrativo em comento, cumpre observar que o Município de Palhoça/SC, no qual se localiza a Terra Indígena Morro dos Cavalos, ofereceu impugnação à identificação da referida terra indígena, demonstrando seu total conhecimento sobre os estudos conduzidos na localidade, segundo informações da Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI.

Ademais, no que se refere à participação do Estado de Santa Catarina no procedimento de identificação e delimitação da terra indígena, a autoridade impetrada esclareceu, com base em informações fornecidas pela Diretoria de Proteção Territorial da FUNAI, que:

“30. (...) com o julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em 2009 no STF (PET 3388/RR), foram estabelecidas salvaguardas (...), dentre as quais a condicionante

XIX, que recomenda a participação dos entes federados de áreas nas quais se realiza processo de identificação e delimitação de terras indígenas, na etapa de levantamento fundiário. **No intuito de atribuir maior clareza ao procedimento, o Ministério da Justiça editou em 31.10.2011 a Portaria nº 2498/2011, que regulamenta a intimação dos entes federados cujos territórios se localizem nas áreas em estudo de identificação e delimitação de terras indígenas, por via postal, com aviso de recebimento, visando a participação na etapa de levantamento fundiário.**

31. Cabe salientar que a Portaria nº 2498 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011 e o procedimento de identificação e delimitação da TI Morro dos Cavalos iniciou-se em 2001 e teve seus estudos aprovados em 2003, portanto, aproximadamente 8 anos antes da regulamentação da participação dos entes federados na etapa de levantamento fundiário e 6 anos antes da publicação do Acórdão da PET 3388/RR. Neste ponto, a normativa é translúcida em seu artigo 5º, ao caracterizar o não prejuízo das fases iniciadas anteriormente à sua edição. Colacionamos abaixo a transcrição de tal artigo.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, sem prejuízo da validade das fases iniciadas anteriormente à sua vigência.

32. (...)

33. Por fim, importa frisar que é assegurada ao ente federado, de acordo com o art. 2º da Portaria 2498/MJ/2011, a intimação quando da conclusão do procedimento do resultado dos estudos, para manifestação, assim como são prestadas todas as informações sobre o andamento dos trabalhos.” (grifei)

Outrossim, verifico que, após a publicação do Despacho nº 201/2002 do Presidente da FUNAI, a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina apresentou, em 20/10/2005, memoriais de impugnação (doc. eletrônico nº 29), pugnano pela improcedência da pretensão de declaração da Terra Indígena Morro dos Cavalos formulada pelo órgão

MS 32709 / DF

federal indigenista, o que demonstra que o Estado Catarinense não ficou aliado do processo administrativo de demarcação.

Destaco, ainda, que o Estado de Santa Catarina ajuizou nesta Suprema Corte a Ação Cível Originária nº 2.323/DF (pendente de decisão), em face da União e da FUNAI, por meio do qual objetiva a declaração de nulidade do Processo Administrativo FUNAI nº 08620.002359/93-62, em decorrência de supostas nulidades no processo, bem como a declaração de inexistência do direito originário dos índios Guarani Nhandéva e Guarani Mbyá às terras demarcadas no Morro dos Cavalos, por ausência dos requisitos do art. 231 da CF/88, desconstituindo-se os efeitos do processo demarcatório.

Sendo assim, a suposta nulidade por ausência de participação ampla e efetiva do Estado de Santa Catarina no processo administrativo, suscitada pelo ente federal na ACO nº 2.323/DF, poderá ser melhor apreciada no bojo da referida ação, com espaço probatório amplo e suficiente ao exame da questão.

Ressalte-se, por oportuno, que, nos termos do artigo 205 do Regimento Interno desta Corte, em hipóteses como a presente, em que o mandado de segurança versar “*matéria objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal*”, poderá o relator decidi-lo monocraticamente.

Tal tipo de agir, conferido ao relator do feito, também já foi submetido ao crivo do Plenário desta Corte, o qual referendou tal possibilidade, ao apreciar o MS nº 27.236-AgR/DF, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski** (DJe de 30/4/10), cuja ementa assim dispõe, na parte em que interessa:

“(…) Nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF, pode o Relator julgar monocraticamente pedido que veicule pretensão incompatível com a jurisprudência consolidada desta Corte, ou seja, manifestamente inadmissível. IV - Agravo regimental improvido.”.

MS 32709 / DF

Ante todo o exposto, na linha da jurisprudência desta Corte, conheço parcialmente do mandado de segurança e, nessa parte, nego-lhe seguimento (art. 21, § 1º, RISTF).

Publique-se.

Brasília, 16 de maio de 2016.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente