**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE - BRASIL**

Tribunal Regional Federal **da 3ª Região**

**REFERÊNCIAS**: Convenção 169 da OIT – Povos Indígenas e Tribais (Decreto 5051/2004)

Corte Interamericana de Direitos Humanos - Decreto 678/92, Precedentes.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000035-46.1992.4.03.6005

RELATOR: Gab. 03 - **DES. FED. HELIO NOGUEIRA**

APELANTE: RAMONA DE ALMEIDA MORAES, DELPILAR DE ALMEIDA MORAES, JOSE SOARES DE MORAIS, MARIA CLARA DOS SANTOS, JOSE SOARES DE MORAES, CONSTANCIO DE ALMEIDA MORAES

Advogados do(a) APELANTE: WELLINGTON MORAIS SALAZAR - MS9414-A, MARCELO RODRIGUES SILVA - MS9415-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, COMUNIDADE INDÍGENA JAGUARÍ, FUNDACAO NACIONAL DO INDIO

R E L A T Ó R I O

Trata-se de apelação interposta por RAMONA DE ALMEIDA MORAES e OUTROS contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS (ID 139331755 – p. 152/183), que, em sede de ação de manutenção de posse cumulada com ação declaratória de inexistência de relação jurídica ajuizada em face da União Federal, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Comunidade Indígena Jaguari, extinguiu o processo sem resolução do mérito em relação ao pleito possessório e julgou improcedentes os demais pedidos, na forma, respectivamente, dos artigos 485, inc. VI, e 487, inc. I, ambos do Código de Processo Civil.

A parte autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para a FUNAI e a Comunidade Indígena Jaguari, e em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para a União Federal, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Os Apelantes sustentam, em síntese, a inexistência de ocupação tradicional indígena nas áreas sob litígio.

Alegam que são legítimos proprietários das áreas denominadas Fazenda São Bento – Glebas II, V e X, registradas sob as matrículas nº 11.004, 11.006 e 11.018 do Cartório de Registro de Imóveis de Amambaí/MS, onde as suas famílias estão situadas há quase um século.

Referem que, em 1987, foi instituído Grupo de Trabalho Interministerial, pelo Decreto nº 94.945, com a finalidade de proceder à identificação das terras indígenas Guasuti, Jaguari, Sete Cerros, Jaguapiré, Jarará e Piracuá, havendo sido posteriormente concluído que os imóveis dos Apelantes não seriam terras de ocupação indígena.

Aduzem que, no entanto, em 06/11/1991, por força dos efeitos da Portaria Ministerial nº 516/1991, que determinou a demarcação **da Terra Indígena Jaguari,** vieram a ser turbados na posse que exercem sobre os seus imóveis, cujas áreas estariam abrangidas pelo perímetro do processo demarcatório.

Argumentam que o processo administrativo que subsidiou o referido ato é nulo, por haver restado caracterizada ofensa ao devido processo legal, ante a inobservância do contraditório e da ampla defesa. Requerem, assim, o provimento do recurso para que seja reformada a sentença recorrida e julgados procedentes os pedidos deduzidos na exordial (ID 139331774).

Com contrarrazões (ID 139331779, 139332034 e 139332037), subiram os autos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo sobrestamento do feito, nos termos da decisão proferida pelo Min. Edson Fachin nos autos do RE 1.017.365 (Tema 1031), e, subsidiariamente, pelo desprovimento da apelação (ID 163144303).

É o relatório.

V O T O

Tempestivo, recebo o recurso de apelação em seus regulares efeitos (art. 1.012, caput, do Código de Processo Civil).

A matéria devolvida ao exame desta Corte será examinada com base na fundamentação que passo a analisar topicamente.

Da suspensão do processo (Tema nº 1031 do STF)

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo sobrestamento do feito, em observância aos termos da decisão monocrática proferida pelo Min. Edson Fachin, nos autos do RE nº 1.017.365/SC, que determinou, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, "a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso" (DJE nº 113, divulgado em 07/05/2020).

Não obstante, tendo em vista o advento da Portaria nº 913 do Ministério da Saúde, de 22 de abril de 2022, que declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus, encontra-se configurado o termo final da referida determinação de sobrestamento dos feitos desta natureza, impondo-se o regular prosseguimento da presente demanda.

Nesses termos, passo à análise da matéria devolvida à apreciação deste Tribunal.

Do direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas

Consoante amplamente sedimentado pela doutrina e jurisprudência, a demarcação de terras indígenas decorre do reconhecimento constitucional do direito originário dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas, cuja propriedade é da União (art. 20, inc. XI, da Constituição da República), tratando-se, portanto, de ato declaratório de uma situação jurídica preexistente**.**

Por tal razão, o constituinte originário estabeleceu que eventuais títulos privados existentes sobre tais terras serão considerados nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

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

Trata-se, portanto, de um direito originário, que fundamenta a declaração de uma situação jurídica preexistente e preponderante sobre eventuais pretensões fundadas em títulos legitimadores de posse a favor de não-índios.

Depreende-se que o constituinte estabeleceu um comando expresso de nulidade e extinção de pretensos direitos adquiridos por não-índios sobre terras indígenas, cujos efeitos se estendem sobre vínculos jurídicos de origem pré-constitucional. Essa previsão visa ao resguardo da igualdade material dos indígenas, assegurando-lhes os meios para a digna subsistência, preservação e reprodução física e cultural.

Assim, são de propriedade da União as terras tradicionalmente ocupadas por índios, inclusive eventuais plantações e edificações incorporadas ao terreno, sendo assegurada à respectiva comunidade indígena a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos.

**[...]**

Nesse sentido, sendo a Constituição da República o vértice axiológico do ordenamento jurídico, mostram-se inadmissíveis interpretações que busquem atribuir prevalência a situações jurídicas contrárias aos comandos da vigente ordem constitucional.

**[...]**

Nessa perspectiva, acerca da posse nativa, a Constituição da República estabelece que são consideradas “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” (art. 231, § 1º), as quais “destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (§ 2º).

Visando à efetividade de tal comando constitucional, foi determinada à União a conclusão da demarcação das terras indígenas, nos termos do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Em sede infraconstitucional, a matéria encontra-se regulada pelos artigos 17 a 21 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio).

Observa-se, ainda, que o regramento constitucional conferido à matéria mostra-se consonante **com o arcabouço normativo internacional ao qual o Brasil vinculou-se, por meio de tratados, mormente através da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 27 de junho de 1989, que dispõe sobre os Povos Indígenas e Tribais. Esse tratado, internalizado pelo Decreto nº 5.051/2004, estabelece, em seu art. 14: (DESTACOU-SE)**

"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.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados."

**Tal convenção – conforme entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do RE 349.703/RS –, enquanto tratado internacional de direitos humanos, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma jurídica supralegal e, portanto, encontra-se hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, estando submetida apenas à conformação com as normas constitucionais. (DESTACOU-SE)**

Do marco temporal

A despeito das relevantes balizas normativas expostas acima, os parâmetros para a efetiva delimitação das circunstâncias que se subsomem ao conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” e “por eles habitadas em caráter permanente” (art. 231, § 1º, da Constituição) só vieram a ser precisamente estabelecidas pela jurisprudência quando do julgamento, pelo STF, em 19/03/2009, da Pet. 3.388/RR (Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049), denominado “Caso Raposa Serra do Sol”.

No julgamento, o Ministro Menezes Direito, prolator do voto condutor, consignou, à luz da interpretação constitucional, a imprescindibilidade do reconhecimento da terra indígena para a preservação das comunidades que titularizam sua ocupação:

“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 de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição. Sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições estão, como se sabe, atrelados à terra onde vivem”.

Nota-se que o reconhecimento da relevância que permeia a matéria – demandando-se, por conseguinte, especial cautela na apreciação dos casos que envolvem esta questão – não adveio exclusivamente do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, mas foi resultado de sólido desenvolvimento jurisprudencial do STF. Nesse sentido, em decisão publicada em 14/02/1997, no julgamento do RE 183.188-0, de relatoria do Ministro Celso de Mello, já se afirmou:

“Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem”.

Conforme exposto, é cediço que a terra apresenta relevância central para os indígenas, sendo imprescindível à sua subsistência. Esse aspecto foi reafirmado pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, em que o Min. Menezes Direito consignou que, uma vez constatado o denominado fato indígena, resta suplantado qualquer direito de cunho privado, que não poderá prevalecer sobre os direitos dos índios:

“O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas (...) Toda essa discussão está se não superada, pelo menos destituída da relevância antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988 (...) O constituinte quis suplantar todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988 (...) Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1998) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.” – g.n.

Examinadas tais premissas, resta perquirir acerca da denominada teoria do fato indígena, referida na fundamentação acima transcrita, a qual embasou o entendimento estabelecido no julgamento da Pet. 3.388/RR.

De acordo com essa concepção, consideram-se terras indígenas aquelas que, na data da promulgação da Constituição da República, eram ocupadas por indígenas, adotando-se, assim, o marco temporal de 5 de outubro de 1988 como referencial para o dado da ocupação do espaço geográfico.

Seguindo-se tal entendimento, deve-se analisar, em cada caso, em vista do conjunto probatório produzido, a situação fática acerca da existência, ou não, de ocupação tradicional, de acordo com o marco temporal fixado pelo STF.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que, embora a decisão proferida na Pet. 3.388/RR não tenha produzido efeito erga omnes, o marco temporal para configuração da tradicionalidade da ocupação indígena veio a ser consolidado posteriormente, no julgamento do RMS nº 29.087 – denominado “Caso Guyrároka” (DJe 14/10/2014) –, em que reafirmou-se, no voto proferida pela Min. Cármem Lúcia, o mesmo entendimento estabelecido pelo Min. Roberto Barroso no julgamento da Pet. 3.388-ED, segundo o qual, “embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão do caso Raposa Serra do Sol ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite de superação das suas razões”.

Impõe-se, portanto, a observância dos fundamentos determinantes fixados no referido precedente do STF, assegurando-se, assim, a estabilidade e coerência da jurisprudência, bem como a observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (artigos 926 e 927, § 4º, ambos do Código de Processo Civil).

Do esbulho renitente

Em relação ao aludido marco temporal, deve-se observar que a interpretação atribuída ao art. 20, inc. XI, da Constituição da República, no caso Raposa Serra do Sol – segundo a qual, para se aferir a tradicionalidade da ocupação, deve ser demonstrada a presença dos índios em determinada área em 05/10/1988 –, foi expressamente ressalvada em relação às hipóteses em que restar caracterizado o denominado esbulho renitente.

De acordo com tal entendimento, caso demonstrado que a ausência de ocupação indígena no marco temporal estabelecido pelo STF tenha se dado por força de atos de extrusão e remoção compulsória (renitente esbulho), promovidos por parte de não-índios, restará preservado o reconhecimento da ocupação tradicional indígena. Resguarda-se, assim, a tutela dos direitos dos índios às suas terras, ainda que sua ocupação se encontrasse obstada em 05/10/1988, em razão de esbulho.

Nesses termos, destacou o Min. Carlos Ayres Britto, em seu voto, no julgamento da Pet. 3.388/RR:

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

No que tange aos aldeamentos extintos, restou pacificado não constituírem bens da União, enquanto terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI, da Constituição da República), consoante firmado na Súmula 650, do STF.

Em relação, porém, ao tratamento jurídico dispensado às áreas sujeitas a renitente esbulho, em que a expulsão dos indígenas decorreu da ocupação de suas terras por não-índios, a jurisprudência veio a estabelecer contornos específicos, em precedentes que se seguiram ao leading case “Raposa Serra do Sol”.

Nesse sentido, verifica-se que nos casos “Terra Guyrároka” (RMS nº 29.087, DJe 14/10/2014) e “Terra Indígena Limão Verde” (ARE nº 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015) sedimentou-se a concepção do esbulho renitente em sentido estrito, de acordo com a qual o reconhecimento da expulsão de comunidades indígenas – de modo a excepcionar a necessidade de ocupação da terra no marco temporal de 05/10/1988 – exige a verificação, em cada caso, de ao menos um dos seguintes fatores: circunstâncias de fato que demonstrem a existência de controvérsia possessória judicializada; ou, em caso contrário, a presença de efetivo conflito possessório que perdure até a data da promulgação da Constituição da República de 1988.

Acerca de todo o exposto, esclarece a doutrina, em síntese:

“Com isso, o STF entendeu que por ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ (art. 20, XI, da CF/88) devem ser entendidas aquelas que: (i) as comunidades indígenas ocupavam na data da promulgação da CF/88 (marco temporal); conquanto que (ii) as comunidades ostentassem o caráter de perdurabilidade no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência indígena (...). Ainda que o STF, nesse mesmo caso (Raposa Serra do Sol), tenha acatado os marcos temporal e da tradicionalidade da ocupação, cabe notar que o Tribunal reconheceu a exceção do chamado ‘renitente esbulho’, pela qual as terras seriam ainda indígenas mesmo sem a ocupação no dia 5 de outubro de 1988, caso fosse comprovada que a ausência de ocupação houvesse se dado por ‘efeito de renitente esbulho por parte de não índios’ (...). Por essa ótica, o renitente esbulho [em sentido estrito] exige situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até a data da promulgação da CF/88 (marco temporal), sendo provado por (i) circunstâncias de fato ou, pelo menos, (ii) por uma controvérsia possessória judicializada (...). A partir deste último caso [Terra Indígena Limão Verde], a tese do renitente esbulho em sentido estrito ganhou seus contornos atuais, tendo o Min. Relator Teori Zavascki condicionado a existência do esbulho ao critério do marco temporal, afirmando que, ‘há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passo, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (ARE n. 803.462-AgR-MS, Rel. Min. Teori Zavacki, julgado em 9-12-2014)”.

(RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 788-790)

Cumpre anotar, por fim, que, em consonância com a denominada “teoria do duplo controle”, todo ato deve submeter-se tanto ao controle de constitucionalidade quanto ao controle de convencionalidade, somente se considerando legítimo se mostrar-se conforme aos parâmetros de ambos os crivos.

**No que tange à matéria em análise, é relevante notar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui precedentes no sentido de que, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos – internalizada pelo Decreto nº 678/92 –, caso venha se demonstrar caracterizada a expulsão de indígenas e o impedimento de acesso às suas terras por força de renitente esbulho, é imperioso que se assegure o direito da comunidade tradicional à recuperação do seu local de ocupação (Corte IDH, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, sentença de 29/03/2006). Observa-se, ainda, que o Brasil sofreu condenação, em sentença exarada em 05/02/2018, pelo referido Tribunal Internacional de Direitos Humanos, no julgamento do Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, em que foi reconhecida a violação dos direitos dos índios Xucuru à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial, em vista da não realização da demarcação da terra indígena em prazo razoável.**

Exposto o conjunto normativo que rege a matéria e os delineamentos atribuídos à questão pela interpretação jurisprudencial nacional e internacionalista, passo ao exame das circunstâncias do caso concreto.

Dos atos administrativos impugnados

Consoante exposto, em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a demarcação de terra indígena constitui ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário). Trata-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade (presunção juris tantum), cabendo à parte contrária impugná-lo, mediante a apresentação de provas inequívocas, aptas a infirmá-lo.

**[...]**

Nesses termos, não se mostra cabível a oposição baseada em direito possessório, com fulcro em títulos legitimadores de posse, como fundamento a obstar, por si, a realização do processo de demarcação de terra indígena e os diversos atos administrativos que o compõem, os quais gozam de presunção de legitimidade e se encontram amparados em comando constitucional preeminente, sendo vedado, inclusive, o manejo de ação de interdito possessório contra a demarcação. Nesse sentido:

“19.6 Vedação ao interdito possessório contra a demarcação

A disposição do § 2º permite àquele que se sinta prejudicado com a demarcação apenas o ajuizamento de ações petitórias ou demarcatórias. “No juízo 'petitório’, a pretensão deduzida no processo tem por supedâneo o direito de propriedade, ou seus desmembramentos, do qual decorre o direito à posse do bem litigioso”, de modo que a discussão estará centrada no direito real. Em contrapartida, a ação demarcatória visa tão somente a apontar vícios que possam comprometer a validade ou alterar a delimitação da área, que foi definida pelo procedimento administrativo de demarcação.

Essa vedação das medidas judiciais cabíveis é muito mais um consectário lógico da natureza da posse indígena que uma restrição de direitos processuais. Como a terra indígena é de propriedade originária da União e usufruto exclusivo dos índios, é impossível que qualquer direito possessório possa a ela ser oposto. A única possibilidade para que o terceiro mantenha a área de seu interesse é desconstituir a condição indígena da área, por exemplo, se opondo a tradicionalidade da ocupação, apontando vícios nos procedimentos de demarcação ou comprovando que a área controversa está fora dos limites demarcados.

No que se refere ao interdito proibitório, somente “é adequado a utilização do interdita proibitório quando ainda não ocorre moléstia à posse do demandante, existindo apenas uma ameaça de esbulho ou turbação. Trata-se, pois, de demanda repetitiva”. Desse modo, não será cabível o interdito proibitório, uma vez que a União, ao reconhecer a terra como pertencente a povos indígenas, reconhece que sobre ela incide a proteção do art. 231, § 6º, da Constituição.

**[...]**

Desse modo, sendo intentada ação de interdito, deve o feito ser extinto sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 97867, DJ de 12.08.1983. É preciso observar que o interdito proibitório é vedado tão somente nos casos de procedimento demarcatório. Em se tratando de turbação, seu manejo continua perfeitamente cabível. É o caso, por exemplo, de ocupação indígena em propriedades efetivamente particulares. Essa situação, entretanto, deve ser tratada pelo juiz com muito cuidado, uma vez que, na maioria dos casos, se trata de uma forma legítima de protesto dos índios contra a ocupação de terras que, apesar de não demarcadas, são de ocupação tradicional e foram indevidamente apropriadas por particulares”.

(VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp. 155/157) – g.n.

Assim, questionamentos acerca do direito real à posse do bem litigioso ou de eventuais vícios que maculem a validade da delimitação da área, somente poderão ser submetidos à apreciação judicial por meio de ação petitória ou demarcatória, respectivamente.

Tal entendimento decorre do fato de que, consoante já reconhecido pelo STJ, a demarcação de terras indígenas não configura esbulho possessório ou qualquer forma de perda ou restrição da propriedade, posto que se trata de ato meramente declaratório de uma situação jurídica pré-existente;

**[...]**

Assim, em decorrência da própria natureza da terra indígena – enquanto propriedade originária da União e usufruto exclusivo dos índios –, o ordenamento veda expressamente a oposição ao ato administrativo demarcatório (art. 19, § 2º, da Lei 6.001/73).

Mostra-se de rigor, portanto, a extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao pleito possessório, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil, tal como determinado pela sentença recorrida.

No que concerne à observância do contraditório em âmbito administrativo, consigna-se que, iniciado o procedimento de demarcação, nos termos expostos acima, a legislação de regência assegura o direito ao contraditório e à participação dos interessados durante o trâmite do processo administrativo. Nesse sentido, observa-se que possíveis questionamentos acerca dos reflexos de eventual procedimento demarcatório sobre a esfera jurídica dos entes e indivíduos afetados podem ser suscitados oportunamente no curso do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, consoante preceitua o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/1996, in verbis:

“Art. 2° 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.

(...)

§ 8° 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.” – g.n.

Dessa forma, a legislação assegura a efetiva participação e contraditório aos entes envolvidos e demais interessados, em momento adequado, no procedimento administrativo-demarcatório.

Ocorre que, no caso em tela, o procedimento demarcatório foi regido pela norma vigente ao tempo do ato, qual seja, o Decreto nº 22/1991, o qual estabelecia que, após a realização dos trabalhos de identificação, o Grupo Técnico apresentaria relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, que, após aprovação, submeteria o processo de demarcação ao Ministro da Justiça, ao qual competiria aprovar o processo e declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação (art. 2º do Decreto nº 22/1991).

Consoante se depreende da análise dos autos, a FUNAI constituiu Grupo Técnico para proceder à identificação e delimitação da terra indígena através da Portaria nº 032/1991 (ID 139331742 – p. 64/65), o qual, após a conclusão dos trabalhos, apresentou relatório circunstanciado, identificando a terra indígena a ser demarcada (ID 139331742 – p. 66/72). Em 04/09/1991, o Presidente da FUNAI aprovou o relatório apresentado pelo Grupo Técnico, e encaminhou o processo de demarcação para o Ministério da Justiça, nos termos do Despacho nº 13/1991. O Ministro da Justiça, por sua vez, expediu a Portaria nº 516/1991, declarando os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação (ID 139331740 – p. 157). Por fim, a demarcação veio a ser homologada por Decreto do Presidente da República, em 21/05/1992 (ID 139331742 – p. 63).

Em 17/01/1994, foi realizado o registro da Terra Indígena Jaguari no Departamento do Patrimônio da União (ID 139331753 – p. 136) e no Cartório de Registro de Imóveis de Amambaí/MS, sob a matrícula nº 12.571.

Verifica-se, portanto, que o processo administrativo que resultou na determinação da demarcação da Terra Indígena Jaguari, pela Portaria nº 516/1991 do Ministério da Justiça, desenvolveu-se com estrita observância das normas estabelecidas pela legislação de regência ao tempo da realização do ato ora impugnado, inexistindo elementos que permitam concluir pela existência de vícios que maculem sua validade.

Ademais, é relevante notar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de precedente que versava sobre circunstâncias fáticas semelhantes à hipótese tratada nos presentes autos, consignou que a pretensão de declaração de nulidade do Decreto nº 22/1991 resta prejudicada na hipótese de homologação do processo demarcatório com posterior registro imobiliário, como no caso em tela.

**[..]**

Inexistem, portanto, razões hábeis a subsidiar o entendimento de que o ato administrativo exarado com fundamento no Decreto nº 22/1991 caracterizaria hipótese de patente violação ao núcleo essencial do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, a partir da análise da prova documental coligida ao feito, observa-se que a conclusão acerca da existência de ocupação tradicional indígena na área sob litígio, que fundamentou a demarcação da Terra Indígena Jaguari na forma da Portaria Ministerial nº 516/1991, encontra-se devidamente respaldada por estudos de natureza antropológica.

Da tradicional ocupação indígena sobre as áreas em litígio

Exposto o conjunto normativo que rege a matéria e os delineamentos atribuídos pela interpretação jurisprudencial, depreende-se que, no caso em exame, estão presentes elementos probatórios indicativos de que a área sob litígio constitui terra de tradicional ocupação indígena, bem como de que a sua desocupação não se deu espontaneamente, mas por força de atos de remoção compulsória promovidos por não-índios.

Os elementos probatórios colacionados aos autos constituem dados irrefutáveis da tradicionalidade da ocupação sobre a área demarcada como Terra Indígena Jaguari, bem como de que os óbices à ocupação indígena da área, ao longo do tempo, foram promovidos por força de atos de extrusão e remoção compulsória, por parte de não-índios, caracterizadores de renitente esbulho.

Ressalta-se que o estudo antropológico deve aferir não apenas a existência de eventual ocupação indígena em 05/10/1988, mas tem de analisar, igualmente, se a ausência de índios se deu por força de atos de extrusão e remoção compulsória (renitente esbulho), conforme consignado no julgamento da Pet. 3.388/RR e sedimentado pela jurisprudência nos casos “Terra Guyrároka” (RMS nº 29.087, DJe 14/10/2014) e “Terra Indígena Limão Verde” (ARE nº 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015).

No caso, a prova pericial produzida apresenta elementos convergentes acerca da existência de tradicional ocupação indígena sobre a área demarcada, mormente em vista das conclusões extraídas dos estudos apresentados pelo laudo pericial judicial e pelo laudo antropológico produzido pelo assistente técnico do MPF (ID 139331746 – p. 5/26 e p. 109/123).

A prova pericial constitui elemento fundamental para formação do convencimento seguro, eis que realizada por peritos com conhecimento específico na questão examinada, tratando-se de dados idôneos a elucidar aspectos essenciais à adequada apreciação da situação jurídica subjacente, mormente no que concerne à existência ou não de tradicional ocupação indígena na área do litígio, bem como em relação à eventual ocorrência de renitente esbulho.

A respeito da área abrangida pela Terra Indígena Jaguari, informou o perito judicial que, embora ausentes elementos técnicos suficientes para análise da constituição étnico-antropológica do habitat tradicional indígena, mostra-se visível, no local, a ocupação indígena, ao menos, desde a década de 1980, havendo sido promovidos atos de deslocamentos forçados dos índios pelos proprietários da Fazendo São Bento desde o ano de 1987. Em resposta ao terceiro quesito formulado pela FUNAI, esclareceu o perito (ID 139331746 – p. 14):

“A presença de índios na área em litígio é visível, pelo menos desde a década de oitenta do século passado, antes disso as fontes disponíveis limitam-se aos depoimentos orais dos próprios índios. No ano de 1987, após a presença do GTI/FUNAI na área, a qual tinha como objetivo de identificar o local como sendo Terra Indígena, os índios foram forçados a abandonara a área pelos proprietários da Fazenda São Bento (...). Ainda segundo a mesma fonte, alguns meses depois algumas famílias de índios retornaram para a área em litígio. Em 1991, os índios são novamente pressionados a deixarem involuntariamente a área em litígio (...), isto após os trabalhos de demarcação feitos pela FUNAI. Em 1994, os índios retornaram voluntariamente para a área em litígio onde permaneceram até o presente.”

Por sua vez, o laudo antropológico produzido pelo assistente técnico do MPF concluiu que a área abrangida pela Terra Indígena Jaguari constitui habitat tradicional indígena, “tanto de uma perspectiva histórica fartamente demonstrada, quanto de uma perspectiva antropológica – perder de vista a legislação que define os procedimentos de regularização de terras indígenas. Não fora um ‘lugar’ Kaiowa, não estaria sendo reivindicado pelos grupos familiares que o fazem há, pelo menos, 40/50 anos, isto é, a partir do momento em que se pretendeu implantar uma fazenda naquelas terras” (ID 139331746 – p. 117).

Observa-se que os laudos periciais foram produzidos através de diligências pormenorizadas, encontrando-se embasado em amplos elementos probatórios, mormente fontes históricas e antropológicas, além de informações coligidas a partir de entrevistas com índios pertencentes à comunidade afetada e precisa análise da área examinada.

Com base nos elementos coligidos aos autos, é possível concluir, a partir de um standard de prova suficiente a informar o juízo de convicção necessário em sede de cognição exauriente, acerca da existência de tradicional ocupação indígena (Guarani-Kaiowá) sobre a área submetida ao processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Jaguari, bem como da ocorrência de atos de extrusão e remoção compulsória, promovidos por parte de não-índios, caracterizando-se o renitente esbulho.

Os Autores, por outro lado, não lograram produzir provas hábeis a infirmar os indícios de ocupação tradicional indígena sobre a área em litígio, havendo, por fim, informado que não possuíam outras provas a serem produzidas (ID 139331754 – p. 99/114)

Assim, em face do teor da prova pericial e dos elementos probatórios colacionados, mostra-se irrefutável a ampla convergência de elementos probatórios acerca da tradicionalidade da ocupação Guarani-Kaiowá sobre a área em tela, bem como do renitente esbulho praticado por não-índios.

Nesse aspecto, reafirma-se o entendimento construído pela jurisprudência do STF, já exposto, segundo o qual, o esbulho renitente identifica-se pela constatação de circunstâncias de fato que demonstrem a existência de controvérsia possessória judicializada, ou ainda, pela presença de efetivo conflito possessório que perdure até a data da promulgação da Constituição da República de 1988.

Consoante exposto, tais elementos encontram-se demonstrados, no caso, pela existência de registros acerca da tradicionalidade da ocupação indígena na região, assim como dos permanentes conflitos entre fazendeiros e índios, ainda verificados em 05/10/1988.

Os laudos antropológicos demonstram, assim, com clareza, a ocupação da região pela comunidade indígena Guarani-kaiowá, até sua expulsão por proprietários rurais, estando caracterizados todos os elementos legitimadores do ato demarcatório, à luz das normas constitucionais, convencionais e legais, bem como em face dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência, inclusive das condicionantes fixadas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol.

Os atos administrativos impugnados não se apresentam, portanto, eivados de quaisquer vícios que os macule, devendo ser mantidos, porquanto constituem o reconhecimento de direito originário, declaratório de uma situação jurídica preexistente, que deve preponderar sobre quaisquer pretensões fundadas em títulos legitimadores de posse a favor de não-índios.

Trata-se da concretização de um comando constitucional expresso de nulidade e extinção de pretensos direitos adquiridos sobre terras indígenas, em prol da preservação dos direitos fundamentais das comunidades indígenas e da própria dignidade da pessoa humana, vértice axiológico da Constituição.

Ressalta-se, ainda, que o fato de encontrarem-se sobrepostas a tal área fazendas originadas de títulos concedidos pelo Estado do Mato Grosso (ID 139331740 – p. 62/64) não constitui, por si, fundamento hábil a obstar a demarcação da terra indígena, cujo ato administrativo, consoante exposto, constitui reconhecimento constitucional do direito originário dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas, prevalecendo sobre quaisquer situações e vínculos jurídicos pré-constitucionais.

Assim, em consonância com a jurisprudência pacífica do STF, devem ser considerados nulos e extintos quaisquer títulos que tenham por objeto pretensões possessórias e pactuações negociais sobre tais terras.

**[...]**

Em face de todo o exposto, constata-se a existência de provas robustas a embasar a regularidade do ato declaratório de demarcação da Terra Indígena Jaguari, o qual não se mostra eivado de qualquer nulidade, inexistindo fundamentos hábeis a afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo analisado.

Resta incontroverso, por conseguinte, o entendimento, embasado em standard de prova suficiente a informar o juízo de convicção necessário em sede de cognição exauriente, acerca da plena regularidade do processo demarcatório realizado através da Portaria nº 516/1991 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial s/nº de 21/05/1992.

Dos encargos de sucumbência

Na hipótese, cabível a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil.

Negado provimento ao recurso de apelação, impõe-se a majoração dos honorários, por incidência do disposto no § 11 do artigo 85 do diploma processual civil.

Assim, majoro os honorários advocatícios de sucumbência impostos à parte autora para R$ 11.000,00 (onze mil reais) em favor da FUNAI e da Comunidade Indígena Jaguari, e para R$ 11.000,00 (onze mil reais) em benefício da União Federal.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É o voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OPOSIÇÃO DE PRETENSÃO POSSESSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO PARCIAL DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. TERRA INDÍGENA DEMARCADA. DECRETO HOMOLOGATÓRIO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. PROCEDIMENTO VÁLIDO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE REGÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

1. A demarcação de terra indígena é ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário). Trata-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade (presunção juris tantum), cabendo à parte contrária impugná-lo, mediante a apresentação de provas inequívocas, aptas a infirmá-lo. Precedentes.

2. Não se mostra cabível a oposição ao ato administrativo, baseada em direito possessório e com fulcro em títulos legitimadores de posse, como meio a obstar, por si, a realização do processo de demarcação de terra indígena e os diversos atos que o compõem, os quais gozam de presunção de legitimidade e se encontram amparados em comando constitucional preeminente, sendo vedado, inclusive, o manejo de ação de interdito possessório contra a demarcação.

3. A demarcação de terras indígenas não configura esbulho possessório ou qualquer forma de perda ou restrição da propriedade, posto que se trata de ato meramente declaratório de uma situação jurídica pré-existente. Precedentes.

4. Em decorrência da própria natureza da terra indígena – enquanto propriedade originária da União e usufruto exclusivo dos índios –, o ordenamento veda expressamente a oposição ao ato administrativo demarcatório (art. 19, § 2º, da Lei 6.001/73). Mostra-se de rigor, portanto, a extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao pleito possessório, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

5. No que concerne à observância do contraditório em âmbito administrativo, verifica-se que, uma vez iniciado o procedimento de demarcação, a legislação de regência assegura o direito ao contraditório e à participação dos interessados durante o trâmite do processo administrativo. No caso, o procedimento demarcatório foi regido pela norma vigente ao tempo do ato, qual seja, o Decreto nº 22/1991, havendo o processo administrativo que resultou na determinação da demarcação da Terra Indígena Jaguari se desenvolvido com estrita observância das normas estabelecidas pela legislação então vigente, inexistindo elementos que permitam concluir pela existência de vícios que maculem sua validade.

6. O Supremo Tribunal Federal consignou que a pretensão de declaração de nulidade do Decreto nº 22/1991 resta prejudicada na hipótese de homologação do processo demarcatório com posterior registro imobiliário. Por outro lado, a jurisprudência da Suprema Corte também firmou entendimento no sentido de que a existência de um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios iniciados antes da vigência do Decreto nº 1.775/1996 não caracteriza violação ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes.

7. Os elementos probatórios colacionados aos autos constituem dados irrefutáveis da tradicionalidade da ocupação sobre a área demarcada como Terra Indígena Jaguari, bem como de que os óbices à ocupação indígena da área, ao longo do tempo, foram promovidos por força de atos de extrusão e remoção compulsória, por parte de não-índios, caracterizadores de renitente esbulho.

8. O estudo antropológico deve aferir não apenas a existência de eventual ocupação indígena em 05/10/1988, mas tem de analisar, igualmente, se a ausência de índios se deu por força de atos de extrusão e remoção compulsória (renitente esbulho), conforme consignado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet. 3.388/RR e sedimentado pela jurisprudência nos casos “Terra Guyrároka” (RMS nº 29.087, DJe 14/10/2014) e “Terra Indígena Limão Verde” (ARE nº 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015).

9. Com base nos elementos coligidos aos autos – notadamente em vista das conclusões extraídas dos estudos apresentados pelo laudo pericial judicial e pelo laudo antropológico produzido pelo assistente técnico do Ministério Público Federal –, é possível concluir, a partir de um standard de prova suficiente a informar o juízo de convicção necessário em sede de cognição exauriente, acerca da existência de tradicional ocupação indígena (Guarani-Kaiowá) sobre a área submetida ao processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Jaguari, bem como da ocorrência de atos de extrusão e remoção compulsória, promovidos por parte de não-índios, caracterizando-se o renitente esbulho.

10. O fato de encontrarem-se sobrepostas à área demarcada fazendas originadas de títulos concedidos pelo Estado do Mato Grosso não constitui fundamento hábil a obstar a demarcação da terra indígena, cujo ato administrativo constitui reconhecimento constitucional do direito originário dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas, prevalecendo sobre quaisquer situações e vínculos jurídicos pré-constitucionais. Em consonância com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, devem ser considerados nulos e extintos quaisquer títulos que tenham por objeto pretensões possessórias e pactuações negociais sobre tais terras.

11. Os atos administrativos impugnados pelos Autores não se apresentam eivados de quaisquer vícios que os macule, devendo ser mantidos, porquanto constituem o reconhecimento de direito originário, declaratório de uma situação jurídica preexistente, que deve preponderar sobre quaisquer pretensões fundadas em títulos legitimadores de posse a favor de não-índios. Trata-se da concretização de um comando constitucional expresso de nulidade e extinção de pretensos direitos adquiridos sobre terras indígenas, em prol da preservação dos direitos fundamentais das comunidades indígenas e da própria dignidade da pessoa humana, vértice axiológico da Constituição da República.

12. Negado provimento ao recurso de apelação. ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal relator, acompanhado pelos votos dos senhor Desembargadores Federais Valdeci dos Santos, Cotrim Guimarães e Juiz Federal Convocado Nilson Lopes; vencido o senhor Desembargador Federal Wilson Zauhy, que lhe dava provimento para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido e reconhecer a ilegalidade do procedimento demarcatório, seja pela ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, seja pela ausência de tradicionalidade da ocupação indígena, e, partindo da premissa de que o procedimento demarcatório é ilegal, determinava a reintegração de posse em favor dos autores, e, sendo a União e a FUNAI partes sucumbentes, condenava ambas em honorários advocatícios fixados nos percentuais máximos a que se refere o art. 85, §3º, do CPC/2015, tomando por base o valor atualizado da causa, dada a inegável complexidade da demanda judicial e os longos anos de sua tramitação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.