

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.269 - DF (2004/0181942-1)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
IMPETRANTE : AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA
ADVOGADO : FELIPE RICETTI MARQUES E OUTROS
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ESGOTAMENTO DO LAPSO ASSINALADO NO ART. 67 DO ADCT. PRAZO ASSINALADO EM FAVOR DA DEMARCAÇÃO E DOS INTERESSES DOS INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 67 do ADCT não estipula prazo decadencial para a realização da providência ali determinada. Trata-se de prazo destinado a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "*inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*" (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir o Poder Público desse encargo. O prazo foi fixado em benefício da demarcação e dos interesses dos indígenas, e não contra eles.

2. Esta Corte, na esteira da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento segundo o qual não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa.

3. A disciplina específica do procedimento administrativo de demarcação de áreas indígenas consta do Decreto 1.775/96, no qual não há previsão de recurso hierárquico, mas apenas de manifestação de interessados, desde o início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório de identificação e delimitação da terra indígena, mediante apresentação "*ao órgão federal de assistência ao índio [de] 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 (...)*" (art. 2º, § 8º), as quais serão apreciadas pelo próprio órgão, nos 60 dias subseqüentes ao encerramento do prazo para manifestações (§ 9º), e encaminhadas, juntamente com o restante do procedimento, ao Ministro de Estado da Justiça, para decisão.

4. No caso concreto, foi oportunizada à impetrante a apresentação de razões, tendo sido os argumentos e elementos probatórios por ela trazidos aos autos do processo administrativo tomados em consideração pela FUNAI na formulação de seu parecer, ainda que para serem tidos por irrelevantes à delimitação das terras indígenas, ou mesmo para serem refutados por considerações de ordem técnica. Resta descaracterizada, com isso, a alegada ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

5. Mandado de segurança denegado.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decide, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, denegar a segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha (RISTJ, art. 162, § 2º).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 14 de setembro de 2005.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2004/0181942-1

MS 10269 / DF

PAUTA: 11/05/2005

JULGADO: 11/05/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA

ADVOGADO : FELIPE RICETTI MARQUES E OUTROS

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade - Demarcação de Terras Indígenas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator."

Brasília, 11 de maio de 2005

Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza
Secretária

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO(Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, relatou com fidelidade as ocorrências presentes no mandado de segurança. Adoto, conseqüentemente, o mencionado relato, pelo que passo a transcrevê-lo na íntegra (fls. 524/525):

"Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado em face do Ministro de Estado da Justiça, Márcio Thomas Bastos, objetivando garantir o direito de apresentar recurso hierárquico no processo administrativo FUNAI/BSB/0807-82, assim como o sobrestamento do mesmo até que sejam produzidas as provas requeridas pela impetrante.

Para tanto, a Agropecuária Pedra Branca LTDA. alega ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, ainda, que o referido processo administrativo deveria ser extinto em razão do decurso do prazo decadencial de 05 (cinco) anos previsto no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 02/27).

O ilustre Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça Edson Vidigal não vislumbrou a urgência regimental a autorizar a apreciação do pedido liminar durante o recesso forense (fls. 471/472).

O Ministro de Estado da Justiça, juntando documentação de fls. 499/520, sustentou a inaplicação da Lei nº 9.784/1999 no caso de demarcação de terras indígenas e que o prazo previsto no art. 67 do ADCT seria meramente norma programática (fls. 480/498).

Cumprindo despacho de fl. 522, vieram os autos ao Ministério Público para manifestação como custos legis".

Analisando o mérito, o parecerista opina pela denegação do **writ** tecendo fundamentação assim ementada (fl. 524):

"Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Demarcação de terras indígenas. O art. 67 do ADCT é norma programática, com o intuito de impelir o Poder Público a promover a demarcação das terras indígenas de forma mais ágil e eficiente. Inexistência de decadência. As razões apresentadas pela empresa impetrante foram fundamentadamente repelidas nos pareceres da FUNAI de fls. 386/397 e 400/409. Aplicação das normas do Decreto nº 1.775/1996. A fase de produção de provas ocorre logo após a finalização do processo demarcatório, não cabendo a alegação de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Parecer pela denegação do writ".

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. O devido processo legal é conquista dos povos que estão submetidos aos postulados do regime democrático.
2. Viola direito líquido e certo de proprietário de imóvel rural o reconhecimento de suas terras como indígenas, para fins de demarcação, sem que tenha sido cientificado do procedimento administrativo e, quando presente voluntariamente ao feito, não ter havido exame de provas dominiais, testemunhais e outras apresentadas.
3. Impossível, em regime de valorização da dignidade humana, da cidadania e do respeito à propriedade, afastar-se a força de títulos dominiais registrados em cartório, com base, unicamente, em relatório apresentado por antropólogos, sem abertura para pronunciamento da parte interessada.
4. Caso em que a proprietária do imóvel só tomou conhecimento da decisão da FUNAI quando as suas terras foram invadidas.
5. Reconhecimento de que as regras procedimentais do Decreto nº 1.775/96 devem ser empregadas em sintonia com as da Lei nº 9.784 de 1999, especialmente o art. 69: "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhe apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei".
6. Segurança concedida para sobrestar qualquer pronunciamento do Ministro da Justiça até que, na origem, as provas requeridas pela impetrante sejam colhidas e examinadas, decidindo-se de acordo com a lei.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO(Relator): O mandado de segurança em exame contém o seguinte pedido (fl. 26):

"Seja concedida liminar "inaudita altera pars", para o fim de que haja o sobrestamento do processo administrativo FUNAI/BSB/0807-82, que atualmente se encontra no Ministério da Justiça, até que ocorra:

a.1) - a produção das provas requeridas pela impetrante no curso do processo administrativo, sob pena de cerceamento de defesa;

a.2) - Após a produção da prova requerida nos autos do processo administrativo, necessária nova manifestação da FUNAI e, posteriormente, a intimação da impetrante para apresentar recurso administrativo para análise do Ministro da Justiça.

*b) - **NO MÉRITO**, vindo as informações da autoridade coatora na forma do inciso I do artigo 7º da Lei nº 1.533/51:*

b.1) - sejam produzidas as provas requeridas no curso do processo administrativo;

b.2) - após a produção de prova ocorra nova manifestação da FUNAI e, posteriormente seja aberto prazo para interposição de recurso administrativo para análise do Ministro da Justiça.

c) - alternativamente, seja declarada a extinção do processo administrativo FUNAI/BSB/0807-82, de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública, em

Superior Tribunal de Justiça

razão do decurso do prazo decadencial (05 anos)".

Inicialmente, afasto o pedido de ser declarado extinto o processo administrativo em face do determinado pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No particular, tenho a mesma compreensão que está inserta no parecer do Ministério Público Federal. Corretas, portanto, a fundamentação e conclusão assim expostas (fls. 525/526):

"Primeiramente, não merece guarida a alegação de que transcorreu o prazo decadencial para o processo administrativo FUNAI/BSB/0807-82. O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias está disposto da seguinte forma:

"Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição".

Assim, percebe-se que o dispositivo acima transcrito não passa de uma norma programática. Em outras palavras, o referido prazo não é peremptório, pois, como previsto no art. 65 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), o intuito da norma foi impelir o Poder Público a promover, em tempo razoável, a demarcação das terras indígenas de forma mais ágil e eficiente.

Em caso contrário, estar-se-ia negando vigência ao art. 231, § 4º, da Constituição Federal, verbis:

"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.

[...]

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis".

No mesmo sentido foi a manifestação do Procurador da República Luciano Sampaio Gomes Rolim nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.34.00.017050-1, verbis (fl. 516):

"[...]

Não procede a alegação da impetrante, fundada no artigo 65 do Estatuto do Índio - Lei 6.001/73, no sentido de que a União já decaiu do direito de demarcar as terras indígenas.

Em nenhum momento o referido dispositivo legal estabelece prazo decadencial para que a União proceda à demarcação de terras indígenas. Na verdade, trata-se de norma programática inserida no título final do Estatuto do Índio, sob a rubrica 'Das Disposições Gerais', cuja finalidade era de compelir o Poder Executivo a promover, ou seja, dar início às medidas necessárias, para a demarcação de todas as terras indígenas ainda não demarcadas, quando da publicação daquela lei.

Ademais, o artigo 231 da Constituição Federal, que determina a competência da União para a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não estabelece prazo para tanto".

Ora, se a União, até a presente data, não procedeu à demarcação de todas

Superior Tribunal de Justiça

as terras indígenas, isto não significa dizer que a mesma está desincumbida de tal tarefa. Ao contrário, o Poder Público está em mora com tal preceito constitucional, devendo cumpri-lo o mais rapidamente possível".

Diante do exposto, denego o mandado de segurança para o fim acima explicitado.

Quanto ao mérito, a impetrante alega (fls. 3/6):

"Em 02 de março de 2004 foi publicada no Diário Oficial da União, seção 1, páginas 38/40 e retificada em 04 de março de 2004 a Portaria nº 21 (doc. 02) expedida pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, relativa ao Processo/FUNAI/BSB/0807/82, **que aprovou o Resumo Relatório de Identificação da Terra Indígena YVYKATU.**

1.2. Referido processo dispõe sobre a regularização fundiária e sobre estudos de identificação e delimitação da terra indígena Porto Lindo/MS (YVYKATU) de ocupação do grupo tribal Guarani Nandéva, localizado no Município de Japorã, Estado de Mato Grosso do Sul.

1.3. Diante da publicação da Portaria nº 21, foi apresentada, tempestivamente, manifestação administrativa pela impetrante nos termos do artigo 2º, § 8º do Decreto 1.775/96 (doc. 03), na qual foi requerida a produção de provas que teriam o condão de demonstrar que a área onde está localizada a propriedade rural da impetrante efetivamente não se trata de área indígena.

1.4. O requerimento de produção de prova da impetrante estava assim redigido (doc.03 - fls. 42/43):

Outrossim, caso Vossa Senhoria entenda que não existem elementos suficientes que comprovem as alegações da requerente, requer a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial as seguintes:

- a) - manifestação dos antropólogos da FUNAI sobre os documentos históricos citados no item 3.7;
- b) - manifestação dos antropólogos acerca das obras literárias referidas no item 3.8;
- c) - depoimento pessoal do Sr. Militão Baptista, eis que o mesmo, por ser sobrinho do primeiro proprietário do imóvel rural onde atualmente está plotada a Fazenda Pedra Branca, possui informações importantíssimas que não poderia ser desprezadas pelos antropólogos da FUNAI,
- d) - haja a manifestação acerca do laudo antropológico juntado com a presente defesa (doc. 07);
- e) - informem os antropólogos da FUNAI se eles integram ou são fundadores das ONGs PKN e CIMI. Caso afirmativo, qual o cargo que ocupam atualmente?
- j) - a expedição de ofícios ao órgão de registro de terras do Estado de Mato Grosso do Sul para que o mesmo informe se as terras da requerente já foram ocupadas por tribos indígenas, bem como confirme quem foi o primeiro proprietário dos imóveis onde está plotada a Fazenda Pedra Branca."

Finalmente, imprescindível a produção de prova consistente na oitiva das seguintes testemunhas:

- a) - Neusa Carvalho do Amaral, que por ser filha de antigo indigenista da região,

Superior Tribunal de Justiça

tem informações relevantes para o desfecho da causa;

b) – Fabiano Pereira e Alexandre Dias, para que atestem a veracidade de seus depoimentos prestados nos autos do processo administrativo, até porque não houve satisfatória caracterização e identificação dos mesmos (anexo 2 do Vol. II)."

1.5. Pois bem, Excelência, embora fossem relevantes os argumentos e as provas requeridas pela impetrante no curso do processo administrativo, as mesmas foram indeferidas, eis que nos pareceres (doc. 04) acostados aos autos após a manifestação administrativa da mesma, não há referência sobre o pedido de produção de provas e muito menos alegação de que as mesmas seriam protelatórias, desnecessárias, impertinentes ou ilícitas por decisão motivada.

1.6. E o que é pior, o processo foi encaminhado para o Ministério da Justiça (doc. 05) onde provavelmente será declarado os limites da área indígena, bem como determinada será a demarcação, por ato do Ministro da Justiça.

1.7. Sendo assim, é contra o provável ato do Senhor Ministro da Justiça que a impetrante maneja o presente mandado de segurança para o fim de que:

a) – sejam produzidas as provas requeridas no curso do processo administrativo, que, diga-se, foram desprezadas pela FUNAI e que com certeza também serão pelo Ministério da Justiça;

b) – após a produção das provas requeridas e em havendo nova manifestação da FUNAI, seja oportunizado a impetrante o direito ao duplo grau de cognição na via administrativa antes de qualquer tomada de decisão por parte do Ministro da Justiça".

O Ministério Público Federal, seguindo a linha de entendimento da autoridade apontada como impetrada, entende que, no caso, não se aplicam os preceitos da Lei nº 9784/99, devendo incidirem, apenas, as normas do Decreto nº 1.775/96, art. 2º.

Em conclusão: segundo o Ministério Público, se o Decreto nº 1.775/96 não prevê a interposição de recurso hierárquico e, ainda assim, permite que as razões apresentadas na contestação pelas partes interessadas sejam apreciadas pelo Ministério da Justiça, não há que se falar em prejuízo para a empresa impetrante ou desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Examino a controvérsia.

Em síntese, o processo administrativo de identificação, delimitação e demarcação das terras ditas indígenas na presente lide, seguiu, rigorosamente, o preceituado pela Lei nº 6.001 de 1973, em c/c o Decreto nº 1.775 de 1996.

A autoridade administrativa não aplicou, no caso, os preceitos da Lei nº 9.784 de 1999,

Superior Tribunal de Justiça

com destaque para o art. 69, ao dispor que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei".

O rito do processo administrativo para a demarcação de terras indígenas é estabelecido, primeiramente, no art. 2º do Decreto nº 1.775 de 1996, a saber:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes”.

Verifica-se que, conforme determinado no art. 8º do mencionado Decreto, os interessados poderão apresentar provas, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, com dupla finalidade: pleitear vícios, totais ou parciais, do relatório conclusivo mencionado pelo art. 7º.

Tenho que, nessa fase, abre-se o contraditório, meio de defesa assegurado pelo devido processo legal.

Oportuniza-se, portanto, espaço para aplicação subsidiária da Lei nº 9.784 de 1999, que requer o procedimento administrativo no âmbito da União Federal.

Os autos revelam que a impetrante, em data de 02.06.2004, apresentou ao Sr. Presidente da FUNAI manifestação administrativa contestando a Portaria nº 21 expedida pela FUNAI que aprovou o Relatório de Identificação da Terra Indígena YVY-KATU, delimitando como de natureza indígena a propriedade que lhe pertence.

Na peça deferida alega que:

- a) jamais foi cientificada da existência do referido processo administrativo;
- b) só tomou conhecimento da existência do processo quando as suas terras foram invadidas;
- c) embora tenha requerido, quando tomou ciência dos fatos pela invasão de suas terras, foi-lhe negada cópia integral do processo, apenas lhe tendo sido fornecidas algumas peças.

Superior Tribunal de Justiça

Em síntese, afirma que:

- a) o Processo FUNAI/BSB/0807/82 nunca foi do conhecimento da impetrante ou mesmo da antiga proprietária do imóvel;
- b) não consta na Portaria nº 21 de 02 de março de 2004 o nome da requerente, apesar das matrículas nº 961, 2.658, 1.175, 1.342, 1.433, 1.454, 4.558, 2661 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Mundo Novo/MS, que tem absoluta publicidade;
- c) a autoridade administrativa inviabiliza a sua defesa quando não lhe fornece cópia integral do processo.

A contestação da impetrante foi apreciada pelo parecer de fls. 400/409, cujos termos passo a transcrever:

"Tratam os autos de contestação oferecida por Agropecuária Pedra Branca Ltda, com fulcro no § 8º, do artigo 2º, do Decreto nº 1.775/96 (fls. 2/43, Processo FUNAI/BSB/1 626/04).

2. A FUNAI, através do levantamento fundiário constante do Processo FUNAI/BSB/0807/82, e mencionado no Resumo do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação às fls. 695/700, do processo mencionado, constatou a presença de 17 (dezessete) ocupantes não-índios.

3. O Resumo do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Yvy Katu (Revisão de Limites da T. I. Porto Lindo/Jakarey), localizada no município de Japorã, Estado do Mato Grosso do Sul, foi publicado no Diário Oficial da União no dia 02 (dois) de março de 2004 (fls. 705/707), Processo FUNAI/BSB/0807/82 e no Diário Oficial do Estado do Pará no dia 15 (quinze) de abril de 2004 (fls. 710/711, do Processo FUNAI/BSB/0807/82). A Prefeitura Municipal de Japorã foi notificada do resumo do relatório de identificação e delimitação da referida terra indígena nos termos do §7º, do artigo 2º, do Decreto nº 1.775/96 (fls. 708/709, Processo FUNAI/BSB/0807/82), através do OFÍCIO Nº 101/DAF, de 03.03.04. O referido Resumo do Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação acima mencionado foi aprovado pelo Sr. Presidente da FUNAI através do Despacho nº 21, de 27/02/04 (fls. 705/707, Processo FUNAI/BSB/0807/82).

4. O requerimento de fls. 2/43, Processo FUNAI/BSB/1626/2004, apresentado pelos Interessados Agropecuária Pedra Branca Ltda, foi recebido como contestação ao procedimento administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Yvy Katu, com fundamento no § 8º, do artigo 2º, do Decreto nº 1.775/96. Portanto, foi tempestiva a apresentação da presente contestação.

5. Em síntese, o interessado em seu requerimento argumenta que:

- a) o procedimento administrativo de demarcação deve ser extinto por decadência;*
- b) os requerentes jamais foram cientificados do procedimento;*
- c) há suspeição dos antropólogos que fazem parte do Grupo de Trabalho, uma vez que os mesmos sustentaram em tese de doutorado a ampliação das terras indígenas em questão;*

Superior Tribunal de Justiça

d) a cadeia dominial dos imóveis do Requerente demonstra que há transmissão de propriedade desde o ano de 1935;

e) os imóveis de sua propriedade não configuram terras tradicionalmente ocupadas por índios.

6. A essas argumentações temos que informar o que se segue, de conformidade com o PARECER Nº 168/CGID/04, de 06.09.04, às fls. 345/356 (Proc. Nº FUNAI/BSB/1626/04):

- o início do procedimento administrativo (Proc. FUNAI/BSB/807/1982) foi precedido pela publicação no D.O.U. da Portaria nº 724/PRES/01, a qual designou o Grupo Técnico para a realização da Identificação e Delimitação da TI. Yvy Katu, bem como tem estado disponível desde então a consultas na Sede da FUNAI;

- as terras indígenas serão administrativamente protegidas e demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio – FUNAI, de conformidade com o processo estabelecido no Decreto nº 1.775/96. **In casu**, a FUNAI tem a obrigação legal de regularizar definitivamente o **habitat** dos índios da Terra Indígena Yvy Katu, e assim o fez, através do relatório de identificação e delimitação no qual deixa claramente comprovado a tradicionalidade da referida terra indígena;

- o procedimento administrativo adotado pelo GT seguiu os parâmetros do Decreto nº 1.775/96, com a participação e comunicação a outros órgãos, bem como fora feito o respectivo levantamento fundiário das ocupações encravadas na terra indígena Yvy Katu, conforme Resumo Relatório de Revisão de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Yvy Katu (Revisão de Limites da Terra Indígena Porto Lindo/Jakarey), constante do Proc. FUNAI/BSB/807/02);

- os estudos de identificação e delimitação não se tratam de perícia judicial mas sim de um procedimento administrativo previsto e regulamentado através do Decreto nº 1.775/96, cujo objetivo relaciona-se à própria função da FUNAI de regularizar as terras indígenas do País;

- como parte do procedimento administrativo acima mencionado, o antropólogo Fábio Mura – após aprovação em processo seletivo, cujo edital foi publicado no DOU, foi contratado como consultor para realizar estudos de identificação e delimitação da TI Yvy Katu. O antropólogo Rubem Almeida foi convidado a participar como Colaborador do Grupo Técnico. Não só a FUNAI, como todo o meio acadêmico e a Associação Brasileira de Antropologia reconhecem nos dois profissionais a qualificação necessária à execução dos trabalhos;

- para que o relatório de identificação e delimitação seja encaminhado à aprovação do Sr. Presidente da FUNAI, nos termos do § 7º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775/96, o mesmo precisa ser analisado por técnico quanto ao aspecto de sua obediência aos atos normativos para sua elaboração; contudo, convém ressaltar que a sua aprovação se dá pelo titular do órgão federal de assistência ao índio;

- não há que se falar em decadência do direito de demarcação, uma vez que os direitos dos índios são imprescritíveis, nos termos do § 4º, do art. 231, da C.F., c/c art. 22, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), bem como são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, C.F.), e, que o reconhecimento dos direitos dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação (art. 25, Lei nº 6.001/73).

7. A Constituição Federal assegura aos índios o direito originário às suas terras de

Superior Tribunal de Justiça

ocupação tradicional e determina à União demarcá-la administrativamente.

8. O procedimento administrativo de demarcação deve obedecer aos comandos constitucionais e infraconstitucionais, sendo:

a) determinado e amparado nos arts. 20, inciso XI e 231 e seus parágrafos da Constituição Federal e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

b) estabelecido pelos arts. 17 e 19 da Lei Federal nº 6.001, de 19.12.73 – Estatuto do Índio; e,

c) regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96, anteriormente pelo Decreto nº 22/91.

9. Dispõem os arts. 20, inciso XI e seu § 1º da Constituição Federal, **verbis**:

Art. 20. São bens da União:

(...)

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

(...)"

"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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

10. Estabelecem os arts. 17, inciso I, e 19, ambos da Lei nº 6.001, de 19.12.73 (Estatuto do Índio), **verbis**:

"Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

– as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

(...)"

"Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo."

11. A demarcação não dá nem tira direitos, apenas torna evidente quais os limites da terra indígena, considerando o consenso histórico da ocupação e os usos, costumes e tradições, definidores do território indígena.

12. A demarcação das terras de ocupação tradicional indígena não se trata de ato constitutivo de posse, mas meramente declaratório, de modo a precisar a real extensão da posse e conferir eficácia ao mandamento constitucional.

13. O direito indígena à posse de suas terras de ocupação tradicional independe de demarcação, conforme estabelece o art. 25, da Lei nº 6.001/73, **verbis**:

"Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República."

14. Logo, não é o processo de demarcação que vai criar uma posse imemorial, um **habitat** indígena, mas somente delimitar a Área Indígena de ocupação tradicional, dar os seus limites, por inafastáveis mandamentos constitucionais.

Superior Tribunal de Justiça

15. O jurista José Afonso da Silva esclarece a tradicionalidade da ocupação indígena tratada pela Constituição Federal, **verbis**:

“(...) O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.”

(OS DIREITOS INDÍGENAS E A CONSTITUIÇÃO – Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor – pág. 47/48 – 1993).

16. As provas da imemorialidade e tradicionalidade da ocupação indígena são numerosos, robustas e insofismáveis, que se alarga também pela memória tribal, aldeias, costumes e lugares mítico-religiosos, motivando a Portaria ministerial declaratória de posse permanente indígena.

17. A documentação etnohistórica demonstra o direito dos índios sobre seu território de ocupação tradicional alcançando toda extensão da Terra Indígena Yvy Katu e indispensável à sobrevivência física e cultural da Comunidade Indígena Guarani - Ñandeva.

18. A doutrina esclarece a proteção constitucional quanto a forma própria de utilização de suas terras tradicionais pelos índios, nos termos seguintes:

“(...) Para que se possa dar ao texto constitucional o seu sentido próprio e uma aplicação prática, é indispensável ajustar ao conceito de habitação e ao sistema de vida dos silvícolas e a sua natureza mais ou menos nômade. Assim a sua posse estaria vinculada não à idéia de habitação como entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena. Evitei, portanto, o conceito que considera a posse o exercício de alguns dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e a sua vinculação a terra.”

(OS DIREITOS DO ÍNDIO – Themístocles Cavalcanti, citado por Manuela Carneiro Cunha – pág. 101)

19. Há o direito à demarcação e proteção, como garantias materiais do estabelecimento da certeza jurídica sobre todos os demais direitos. Ao direito à demarcação corresponde o dever da União de alocar meios e recursos de garantir tal direito. Trata-se de imposição constitucional que resulta em benefício dos índios, é verdade. Mas é igualmente verdadeiro que resulta proveito em favor da União tal demarcação, desde que são de sua propriedade as terras de tradicional ocupação indígena.

20. Sendo as terras de ocupação tradicional dos índios bens da União, com uso afetado à sua posse permanente, reforça tais garantias a declaração de nulidade dos atos que tenham por objeto ocupação, domínio e posse das terras indígenas.

21. A proteção dos silvícolas, que é tradição de nosso Direito e tem estado expressa em nossas Constituições, desde 1934, tem natureza especialíssima, pois ao tratar de terras habitadas pelos silvícolas e da sua posse (art. 231) não é cogitado o conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos, pois está em jogo o **habitat** de um povo.

22. O saudoso Ministro Victor Nunes Leal, por ocasião do julgamento do Recurso

Superior Tribunal de Justiça

Extraordinário nº 44.885, que integra a Súmula nº 480, do E. Supremo Tribunal Federal, ensinava:

“Não está em jogo, propriamente um conceito de posse, nem de domínio no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do 'habitat' de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque deste território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária a sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da Aldeia, porque ali é que a 'Posse' estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis.

O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo portanto, que embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado a Constituição Federal dispõe sobre o assunto e retirou do Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico.”

23. É indubitável ser a área em apreço **habitat** tradicional indígena, devendo-se, **in casu**, aplicar-se o art. 231 da Constituição Federal, não devendo, portanto, se falar em direito adquirido.

24. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis.

São nulos os atos que tenham por objeto domínio e posse dessas terras, sem que seus ocupantes tenham direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI - § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

25. Comprovando à exaustão que os títulos do interessado são de nenhum efeito jurídico, posto que incidente sobre terras ocupadas tradicionalmente por indígenas, temos que o presente pedido é de ser julgado improcedente.

26. Os instrumentos de aquisição e os registros dominiais correspondentes constituem presunção **juris tantum** e não **juris et de jure**.

27. O Supremo Tribunal Federal-STF decidiu pela presunção relativa de validade de titulação dominial, aplicável aos incidentes sobre terras de ocupação tradicional indígena:

“EMENTA: “O registro público de título aquisitivo de propriedade não representa direito líquido, certo e inquestionável, uma vez que está sujeito a impugnação. Os instrumentos de aquisição e o registro público correspondente constituem uma presunção **juris tantum** e não **juris et de jure**. Denegação do writ, ressalvadas as vias ordinárias.”

(STF - Mandado de Segurança nº 20.723-0/DF - ReI. Min. Djaci Falcão - DJU de 18/03/88, pág. 22)

28. A Constituição Federal de 1988, em seu § 6º, do art. 231, por sua vez, manteve o mesmo princípio da anterior, ao declarar a nulidade de qualquer ato envolvendo a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas:

“Art.231

Superior Tribunal de Justiça

§ 6 - 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,...

29. No sentido de nulidade de atos contra a posse indígena, entendeu o então Tribunal Federal de Recursos ao decidir a Apelação Cível nº 3.078-MT, de acordo com a Ementa seguinte:

“As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis. São nulos os atos que tenham por objeto o domínio e a posse dessas terras, sem que seus ocupantes tenham direito a qualquer ação ou indenização contra a União ou a Fundação Nacional do Índio. Constituição Federal, art. 198. O Objetivo da norma Constitucional, ao transformar as áreas ocupadas pelos índios em terras inalienáveis foi o de preservar o habitat de uma gente, sem cogitar de defender a sua posse, mas dentro do sadio propósito de preservar um patrimônio territorial, que é razão de ser da própria existência dos índios. ...” (Rel. Min. Adhemar Raymundo - DJ de 21.05.81)

30. Verifica-se que a concessão de títulos dominiais em terras de ocupação indígena é irrita e de nenhum efeito, por pertencer aos índios o seu território, como direito originário.

31. Com supedâneo na Constituição Federal, o Estatuto do índio, em seu art. 62, § 1, estabelece que a nulidade aplica-se as terras desocupadas pelos índios em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou de particular:

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

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

32. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, ao conferir aos índios “direitos originários” sobre suas terras, reconheceu que estes direitos são anteriores a própria criação do Estado brasileiro e que, portanto, independem de legitimação, declarando a nulidade dos atos envolvendo o domínio, a posse e a ocupação de terras indígenas.

33. A Constituição garante o direito originário, que remonta ao passado e permanece como tradicional, cuja nulidade alcança os atos praticados contra parte do território indígena, porque os índios, mesmo afastados de parte de suas terras, mantiveram-se a elas vinculados, como direito imprescritível.

34. A posse dos índios é imemorial, não importando, pois, que o não índio esteja há muitos anos na posse efetiva da terra. A posse indígena não é regulada pelo Código Civil, e sim pela Constituição Federal (AG nº 96.01.39172-0, Rel. Juiz Tourinho Neto, TRF 1ª Região). Ademais, **in casu** a comunidade indígena que compõe a Terra Indígena não se trata de uma comunidade extinta, uma vez que ela sempre existiu e que agora compete ao Estado Brasileiro regularizar definitivamente o seu **habitat**, nos termos do Art. 231, da Constituição Federal.

35. O artigo 231, § 2º, da Constituição Federal, consagrou a posse permanente aos silvícolas das terras tradicionalmente ocupadas, mantendo-se sua perenidade para sempre ao projetar o verbo **destinam-se**. Por isso, ainda que tenham os índios perdido a posse por longos anos, por configurar direito indisponível, podem postular sua restituição, desde que ela, obviamente, decorra de tradicional (imemorial, antiga) ocupação, equivalente a verdadeiro pedido reivindicatório da coisa (AC nº 1999.01.00.030341-8, Rel. Evandro Reimão dos Reis – conv., TRF 1ª

Superior Tribunal de Justiça

Região).

36. Entendo, por conseguinte, serem improcedentes as alegações apresentadas pelo interessado, ressaltando, no entanto, que quanto a ocupação de não-índios, aplica-se o § 6º do artigo 231, da Constituição Federal, no qual determina que são nulos e extintos não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, cabendo tão somente o pagamento de indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

37. **Ex POSITIS**, sugiro o indeferimento dos pedidos, com fulcro no artigo 231 da Constituição Federal, bem como seja remetido os autos à Presidência da FUNAI para as providências subseqüentes, uma vez que o processo encontra-se em condições de ser remetido à decisão do Exmº Senhor Ministro de Estado da Justiça, com fundamento no inciso I, § 10, do art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, com vistas à expedição da Portaria Declaratória da Terra Indígena Las Casas".

Depois, o mencionado parecer foi aprovado com a fundamentação seguinte (fls. 411/412):

"Acompanho o entendimento esposado no Parecer nº 055/PGF/PFE-CAF-FUNAI/04, de lavra do Procurador Federal, Dr. Marcelo Luíz C. Rodopiano de Oliveira, devidamente aprovado pelo Despacho nº 054/PGPFE-CAF-FUNAI/04, que opina pelo prosseguimento do procedimento administrativo de regularização fundiária da Terra Indígena YVY KATU, localizada no município de Japorã/MS.

Ressalte-se, que o levantamento fundiário realizado por esta FUNAI na referida Terra Indígena, cadastrou 17 ocupantes não-índios, com benfeitorias passíveis de indenização, com fulcro no § 1º, do artigo 2º do Decreto nº 1.775/96.

No que se refere à contestação apresentada pela Interessada AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA, merece ser rejeitada, porque está desprovida de elementos capazes de desconfigurar a caracterização da terra como de ocupação tradicional, tão pouco demonstrou vícios no procedimento, como apontado no referido pronunciamento.

Ante o exposto, o processo encontra-se em condições de ser remetido à decisão do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça, com fulcro na alínea I, § 10, do artigo 2º do Decreto nº 1.775/96, com vistas à expedição da Portaria Declaratória da Terra indígena YVY-KATU".

Em passo seguinte, os autos foram enviados ao Ministro da Justiça.

Ora, como demonstrado, o contraditório não se instaurou.

A impetrante, na primeira vez que falou no procedimento administrativo, já encontrou situação definida no sentido de que a sua propriedade tinha sido considerada terra indígena. Não foi ouvida. As suas provas, conseqüentemente, não foram colhidas. Nem o seu nome, ao menos, foi feito constar na Portaria nº 21 de 2.3.04, que aprovou o relatório e considerou as terras aqui

mencionadas como indígenas.

O que pretende a impetrante? Apenas que seja ouvida e que as suas provas sejam apuradas.

Que provas apresenta? As que estão relacionadas na manifestação que fez após ter tido conhecimento, sem qualquer ciência prévia, de que as suas terras foram consideradas indígenas.

Essas provas são (fls. 3/5):

*"Em 02 de março de 2004 foi publicada no Diário Oficial da União, seção 1, páginas 38/40 e retificada em 04 de março de 2004 a Portaria nº 21 (doc. 02) expedida pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, relativa ao Processo/FUNAI/BSB/0807/82, **que aprovou o Resumo Relatório de Identificação da Terra Indígena YVYKATU.***

1.2. Referido processo dispõe sobre a regularização fundiária e sobre estudos de identificação e delimitação da terra indígena Porto Lindo/MS (YVYKATU) de ocupação do grupo tribal Guarani Nandéva, localizado no Município de Japorã, Estado de Mato Grosso do Sul.

1.3. Diante da publicação da Portaria nº 21, foi apresentada, tempestivamente, manifestação administrativa pela impetrante nos termos do artigo 2º, § 8º do Decreto 1.775/96 (doc. 03), na qual foi requerida a produção de provas que teriam o condão de demonstrar que a área onde está localizada a propriedade rural da impetrante efetivamente não se trata de área indígena.

1.4. O requerimento de produção de prova da impetrante estava assim redigido (doc.03 - fls. 42/43):

Outrossim, caso Vossa Senhoria entenda que não existem elementos suficientes que comprovem as alegações da requerente, requer a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial as seguintes:

- a) - manifestação dos antropólogos da FUNAI sobre os documentos históricos citados no item 3.7;*
- b) - manifestação dos antropólogos acerca das obras literárias referidas no item 3.8;*
- c) - depoimento pessoal do Sr. Militão Baptista, eis que o mesmo, por ser sobrinho do primeiro proprietário do imóvel rural onde atualmente está plotada a Fazenda Pedra Branca, possui informações importantíssimas que não poderia ser desprezadas pelos antropólogos da FUNAI;*
- d) - haja a manifestação acerca do laudo antropológico juntado com a presente defesa (doc. 07);*
- e) - informem os antropólogos da FUNAI se eles integram ou são fundadores das ONGs PKN e CIMI. Caso afirmativo, qual o cargo que ocupam atualmente?*
- j) - a expedição de ofícios ao órgão de registro de terras do Estado de Mato Grosso do Sul para que o mesmo informe se as terras da requerente já foram ocupadas por tribos indígenas, bem como confirme quem foi o primeiro proprietário dos imóveis onde está plotada a Fazenda Pedra Branca."*

Superior Tribunal de Justiça

Finalmente, imprescindível a produção de prova consistente na oitiva das seguintes testemunhas:

- a) - Neusa Carvalho do Amaral, que por ser filha de antigo indigenista da região, tem informações relevantes para o desfecho da causa;
- b) – Fabiano Pereira e Alexandre Dias, para que atestem a veracidade de seus depoimentos prestados nos autos do processo administrativo, até porque não houve satisfatória caracterização e identificação dos mesmos (anexo 2 do Vol. II)”.

Entendo que o devido processo legal não foi obedecido. A impetrante, segundo demonstra com documentos, defende que o imóvel considerado como terra indígena há mais de trinta anos tem a sua cadeia dominial comprovada. Urge, conseqüentemente, analisar e decidir, na fase administrativa, não só essas provas como as demais requeridas.

A não se adotar esse procedimento democrático, o do devido processo legal, ao caso em exame, restará, apenas, para se afirmar que as terras em questão são indígenas, a palavra solitária da FUNAI, parte interessada, baseada em um relatório pericial. Nada mais.

Isso posto, concedo o mandado de segurança para anular o processo administrativo a partir da apresentação da contestação, devendo ser apanhadas e analisadas as provas apresentadas, julgando-se, finalmente, como bem entender a autoridade administrativa.

Em conseqüência, fica sobrestado qualquer pronunciamento pela autoridade impetrada, no aguardo do regular processamento do processo administrativo.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2004/0181942-1

MS 10269 / DF

PAUTA: 11/05/2005

JULGADO: 25/05/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA

ADVOGADO : FELIPE RICETTI MARQUES E OUTROS

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade - Demarcação de Terras Indígenas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a segurança, pediu vista o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e João Otávio de Noronha.

Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília, 25 de maio de 2005

Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.269 - DF (2004/0181942-1)

RELATOR : **MINISTRO JOSÉ DELGADO**
IMPETRANTE : AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA
ADVOGADO : FELIPE RICETTI MARQUES E OUTROS
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

VOTO-VISTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ESGOTAMENTO DO LAPSO ASSINALADO NO ART. 67 DO ADCT. PRAZO ASSINALADO EM FAVOR DA DEMARCAÇÃO E DOS INTERESSES DOS INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 67 do ADCT não estipula prazo decadencial para a realização da providência ali determinada. Trata-se de prazo destinado a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir o Poder Público desse encargo. O prazo foi fixado em benefício da demarcação e dos interesses dos indígenas, e não contra eles.

2. Esta Corte, na esteira da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento segundo o qual não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa.

3. A disciplina específica do procedimento administrativo de demarcação de áreas indígenas consta do Decreto 1.775/96, no qual não há previsão de recurso hierárquico, mas apenas de manifestação de interessados, desde o início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório de identificação e delimitação da terra indígena, mediante apresentação "ao órgão federal de assistência ao índio [de] 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 (...)" (art. 2º, § 8º), as quais serão apreciadas pelo próprio órgão, nos 60 dias subsequentes ao encerramento do prazo para manifestações (§ 9º), e encaminhadas, juntamente com o restante do procedimento, ao Ministro de Estado da Justiça, para decisão.

4. No caso concreto, foi oportunizada à impetrante a apresentação de razões, tendo sido os argumentos e elementos probatórios por ela trazidos aos autos do processo administrativo tomados em consideração pela FUNAI na formulação de seu parecer, ainda que para serem tidos por irrelevantes à delimitação das terras indígenas, ou mesmo para serem refutados por considerações de ordem técnica. Resta descaracterizada, com isso, a alegada ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

5. Mandado de segurança denegado, divergindo do relator.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Superior Tribunal de Justiça

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra "provável ato do Senhor Ministro da Justiça" (fl. 5), consistente na provável declaração dos limites de área indígena e na sua provável demarcação. O impetrante alega, em síntese, que (a) em face da publicação, em 02.03.2004, da Portaria 21 do Presidente da FUNAI, que aprovou o Resumo Relatório de Identificação de Terra Indígena Yvykatu, apresentou manifestação nos autos do processo administrativo, requerendo a produção de provas tendentes a demonstrar que a área onde se localiza seu imóvel não é área indígena; (b) nos pareceres emitidos pela autoridade administrativa, não há referência às provas requeridas; (c) a Constituição e a Lei 9.784/99 asseguram o direito à produção de provas; (d) tem direito ao recurso hierárquico no processo administrativo, não previsto, contudo, no Decreto 1.775/96, que regula a demarcação de terras indígenas; (e) se esgotou o prazo decadencial de cinco anos previsto nos arts. 67 do ADCT e 65 da Lei 6.001/75 (Estatuto do Índio) para a demarcação das terras indígenas. Busca (a) a produção das provas requeridas no processo administrativo; (b) a manifestação, em seguida, da FUNAI, com posterior abertura de prazo para recurso ao Ministro da Justiça. O impetrado, nas informações (fls. 478 e seguintes), aduz que (a) a teor do art. 69 da Lei 9.784/99, os procedimentos administrativos específicos seguem regulados pelas leis próprias, aplicando-se-lhes os seus dispositivos apenas de forma subsidiária; (b) os argumentos levantados pela ora impetrante foram devidamente recebidos e analisados em pareceres da FUNAI; (c) o processo e as contestações apresentadas serão ainda apreciados pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, antes da edição da portaria de demarcação; (d) em mandado de segurança dirigido contra a Portaria 21 da FUNAI (fls. 501-508), foi afastada a alegação de decadência, considerando-se que a norma que institui prazo para a demarcação é de natureza programática. O MPF opinou pela denegação da segurança (fls. 524-529).

O relator, Min. José Delgado, concedeu a ordem, em voto sumariado na ementa seguinte:

"ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. O devido processo legal é conquista dos povos que estão submetidos aos postulados do regime democrático.

2. Viola direito líquido e certo de proprietário de imóvel rural o reconhecimento de suas terras como indígenas, para fins de demarcação, sem que tenha sido cientificado do procedimento administrativo e, quando presente voluntariamente ao feito, não ter havido exame de provas dominiais, testemunhais e outras apresentadas.

3. Impossível, em regime de valorização da dignidade humana, da cidadania e do respeito à propriedade, afastar-se a força de títulos dominiais registrados em cartório, com base, unicamente, em relatório apresentado por antropólogos, sem abertura para pronunciamento da parte interessada.

4. Caso em que a proprietária do imóvel só tomou conhecimento da decisão da FUNAI quando as suas terras foram invadidas.

5. Reconhecimento de que as regras procedimentais do Decreto nº 1.775/96 devem ser empregadas em sintonia com as da Lei nº 9.784 de 1999, especialmente o art. 69: '*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhe apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei*'.

6. Segurança concedida para sobrestar qualquer pronunciamento do Ministro da Justiça até que, na origem, as provas requeridas pela impetrante sejam colhidas e examinadas, decidindo-se de acordo com a lei."

Pedi vista.

No curso do recesso, o Ministro da Justiça editou o ato de demarcação das terras

Superior Tribunal de Justiça

(Portaria 1.289/05). Sobreveio então decisão do Presidente desta Corte, nos autos da MC 10.284/DF, conferindo efeito suspensivo ao presente Mandado de Segurança e, por consequência, determinando "o sobrestamento do Processo Administrativo Funai/BSB/0807-82, assim como dos efeitos da Portaria 1.289/05, até julgamento final do Mandado de Segurança, 'ad referendum' posterior do Relator".

2. São duas, essencialmente, as alegações veiculadas na impetração: (a) esgotamento do prazo decadencial para demarcação das terras indígenas previsto no art. 67 do ADCT, e ainda no Estatuto do Índio; (b) nulidade do processo administrativo, por ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, em razão do indeferimento de oportunidade para produção de provas e da inexistência de recurso hierárquico.

3. Deve ser repelida, inicialmente, como bem assinalaram o Ministério Público e o relator, a afirmação de que a União teria decaído do direito de proceder à demarcação das áreas indígenas, em função do decurso do prazo de cinco anos assinalado pelo art. 67 do ADCT, *verbis*:

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Com efeito, a norma constitucional visa, pela fixação de prazo, a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "*inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*" (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir a União desse encargo, uma vez que o prazo foi fixado em benefício da demarcação e dos interesses dos indígenas, e não contra eles.

4. De outra parte, em relação alegação relativa à inexistência de recurso hierárquico no processo de demarcação, esta Corte, na esteira da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema da legitimidade do depósito prévio exigido para interposição de recurso administrativo, assentou o entendimento segundo o qual não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. CONDICIONANTE DE DEPÓSITO PRÉVIO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO COLENDO STF E DESTA CORTE SUPERIOR.

I - Este Superior Tribunal pacificou entendimento, com a orientação plasmada pelo Supremo Tribunal Federal, pela legalidade e constitucionalidade da condicionante do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não garante o duplo grau de jurisdição administrativa (ADIMC nº 1.049, ADIn's nºs 836-6/DF, 922/DF e 1.976/DF, RREE nºs 210244/GO e 235833/GO). Precedentes: REsp nº 608.531/SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 20/09/2004; AGA nº 492.615/RJ, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 06/09/2004; AGREsp nº 608.089/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 23/08/2004; AGA nº 570.275/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 16/08/2004 e AGA nº 550.217/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 24/05/2004.

II - Agravo regimental improvido." (AgRg no AG 641.365/RJ, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 01.07.2005)

Superior Tribunal de Justiça

"DEPÓSITO PRÉVIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PRESERVADOS. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. O duplo grau obrigatório não é inerente ao contencioso administrativo, restando constitucional a exigência de depósito prévio para fins de interposição de recurso administrativo. Precedentes do STF. Precedentes: RE 311023-3/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 18.09.01; RE 215979/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 04.05.2001

2. A exigência do depósito recursal administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

(omissis)

4. A exigência do depósito, malgrado legítimo, não impede o acesso à Justiça, amparado, inclusive, pela possibilidade de requerimento e concessão da gratuidade integral, consoante previsto pela Carta Magna e extensível às pessoas jurídicas na forma da jurisprudência majoritária do E. STJ.

(omissis)

6. Embargos de divergência acolhidos." (EAG 459.961/RJ, 1ª Seção, Min. Luiz Fux, DJ de 16.05.2005)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. LEGALIDADE. ART. 151, III, DO CTN. PRECEDENTES.

Quanto à legalidade do depósito prévio, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual a exigência em exame não ofende o artigo 151, III, do CTN, uma vez que, preenchidos os requisitos de admissibilidade determinados por lei, entre os quais o depósito prévio, a exigibilidade do crédito tributário continua suspensão com a interposição do recurso administrativo. Mais a mais, no Supremo Tribunal Federal, predomina o entendimento segundo o qual a referida exigência é constitucional, pois não se insere, na Constituição Federal, garantia de duplo grau de jurisdição na via administrativa. Com efeito, o direito de petição distingue-se do direito do contribuinte de interpor recurso voluntário com o intuito de obter um novo exame da decisão proferida pela Administração Pública em primeira instância.

Agravo regimental improvido." (AgRg no RESP 668.997/SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 25.04.2005)

E, do STF:

"Depósito para recorrer administrativamente. - Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. Por isso mesmo, também o Plenário deste Tribunal, ao indeferir a liminar requerida nas ADIMCs 1.922 e 1.976, se valeu desse entendimento para negar a relevância da fundamentação da inconstitucionalidade, com base nesses dois incisos

Superior Tribunal de Justiça

constitucionais acima referidos, da exigência, para recorrer administrativamente, do depósito do valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Por outro lado, inexistente ofensa ao artigo 5º, XXXV, *a*, da Constituição, porquanto, no caso, não há pagamento de taxa, mas a exigência de depósito de parcela do valor da exação. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 356.287/SP, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 07.02.2003)

A disciplina específica do procedimento administrativo de demarcação de áreas indígenas consta do Decreto 1.775/96, no qual não há previsão de recurso hierárquico, mas apenas de manifestação de Estados, Municípios e demais interessados, desde o início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório de identificação e delimitação da terra indígena, mediante apresentação *"ao órgão federal de assistência ao índio de 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 (...)"* (art. 2º, § 8º). O órgão, então, nos 60 dias subsequentes ao encerramento do prazo para manifestações, encaminhará o procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, *"juntamente com pareceres relativos às razões e prova apresentadas"* (§ 9º), para decisão, em 30 dias, na forma do § 10 de mesmo dispositivo.

5. Resta examinar, assim, a regularidade do processo administrativo que culminou com a edição da Portaria 1.289/05, de modo a verificar a presença ou não dos vícios apontados pela impetrante.

6. Nos autos do referido processo, a ora impetrante manifestou a intenção de produzir as seguintes provas: "a) manifestação dos antropólogos da FUNAI sobre os documentos históricos citados no item 3.7; b) manifestação dos antropólogos acerca das obras literárias referidas no item 3.8; c) depoimento pessoal do Sr. Militão Baptista, eis que o mesmo, por ser sobrinho do primeiro proprietário do imóvel rural onde atualmente está plotada a Fazenda Pedra Branca, possui informações importantíssimas que não poderiam ser desprezadas pelos antropólogos da FUNAI; d) haja a manifestação acerca do laudo antropológico juntado com a presente defesa (doc. 07); e) informem os antropólogos da FUNAI se eles são fundadores das ONGs PKÑ e CIMI, ou se delas fazem parte. Caso afirmativo, qual o cargo que ocupam atualmente? f) finalmente, a expedição de ofícios ao órgão de registro de terras do Estado de Mato Grosso do Sul, para que o mesmo informe se as terras da requerente já foram ocupadas por tribos indígenas" (fl. 79). Essas provas teriam "por objetivo confirmar que na faixa de terra onde está localizada a fazenda da requerente não havia nenhuma posse, nenhuma propriedade, nenhum domínio indígena (...), além de identificar a falta de boa-fé objetiva dos antropólogos designados pela FUNAI" (fl. 80).

O Parecer nº 168/CGID/04 da FUNAI, embora não contenha explícita menção ao pedido de produção de provas, refuta, em seu conjunto, a necessidade de realização das referidas provas. Com efeito, veja-se.

Primeiramente, alude ao material apresentado pela ora impetrante em sua contestação, referindo-se a "questionamentos ao procedimento", a "documentação referente à cadeia dominial do imóvel" e a "material de apoio (...) de autoria do senhor Hilário Rosa" (fl. 386), informando em seguida que a estrutura do parecer seguirá uma linha unitária, contemplando as questões comuns a todos os pareceres apresentados pelos interessados, ao lado de respostas destinadas a contemplar as especificidades de cada um deles (fl. 387).

Superior Tribunal de Justiça

No item 2 citado Parecer, responde-se a questão relacionada à apontada suspeição dos antropólogos contratados pela FUNAI, defendendo a Fundação a lisura do processo seletivo que resultou em sua contratação, e considerando não ser fator de suspeição, mas sim de credibilidade, a defesa em sede acadêmica da identificação dos limites da terra indígena dos Nandeva (fl. 389). Também na Parte II do relatório, em que se procede a exame do laudo oferecido pela ora impetrante, é reafirmada a posição no sentido da qualificação e da ausência de motivo de suspeição dos técnicos, em razão de sua participação em iniciativas de reunião e organização das comunidades indígenas (fls. 394-395). Tem-se assim por respondida a pergunta formulada na letra *e* da manifestação administrativa da impetrante, a qual, aliás, não corresponde propriamente a especificação de prova a ser produzida.

Em seu item 3, o Parecer repele a argumentação de que a ocupação indígena na região restringia-se aos limites da reserva Porto Lindo, historiando as circunstâncias da presença dos índios na área e sustentando a insuficiência dos documentos referentes à cadeia dominial do imóvel para demonstrar a ausência de ocupação tradicional pelos silvícolas:

"É necessário lembrar que o centro da argumentação apresentada no relatório que propõe a revisão dos limites de Porto Lindo, concluindo pela identificação e delimitação da TI Yvy-Katu, enfoca exatamente o fato de a União e do então Estado de Mato Grosso terem, historicamente, atuado no sentido de liberar terras ocupadas por famílias extensas Nandeva, buscando restringir as áreas de ocupação desses índios aos aldeamentos oficialmente instituídos. Conforme demonstra Fábio Mura, esse esforço nunca foi inteiramente bem sucedido, uma vez que os Nandeva persistiram (e persistem) formulando estratégias para manter o vínculo com seus lugares de origem.

(...)

Não se trata, como tentam argumentar os contestantes, de justificar a delimitação da terra indígena com base na noção de *posse imemorial*. Os Nandeva que passaram a reivindicar a regularização de suas terras, tituladas em nome de particulares graças à atuação do poder público local e do SPI, são pessoas diretamente atingidas pela restrição de acesso aos lugares que eles mesmos, ou seus pais e avós, utilizaram para diferentes fins até a década de 1940, ainda que sob pressão das frentes de exploração de erva-mate.

Desde então, a apropriação privada dessas áreas, facilitada ou até propiciada por atos oficiais (incluindo aqui a ação do INCRA nos anos de 1970), levou o problema à atual situação de impasse.

Desse modo, o fato de a cadeia dominial do imóvel não apresentar vícios significa apenas que seus titulares não agiram de má-fé. Isso, porém, não elimina o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a recorrer ao emprego nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de sua vida e de sua unidade como grupo diferenciado.

(...)

Buscando amparo no fato de que a emissão de títulos é, por si mesma, a prova da inexistência da ocupação indígena, os contestantes alegam que não existe terra indígena fora da Área Indígena Porto Lindo. Já o relatório de identificação mostra como os Nandeva se esforçam para manter os vínculos com seus lugares de origem, mesmo nos casos em que isso só é possível pelo engajamento em trabalhos temporários nas fazendas e buscando as áreas de mata nativa ainda existentes para caçar e coletar (forma tradicional de posse) à revelia dos ocupantes não índios." (fls.

389-391)

A tônica da argumentação da FUNAI, como se vê, é no sentido de que a demonstração da cadeia dominial dos imóveis é irrelevante para fins de definição da presença ou não dos indígenas na região. Resta implicitamente repelida, com isso, por desnecessário, segundo a avaliação da Fundação, a pretensão à produção de provas posta na letra *f*.

Em sua Parte II, o relatório dedica-se à análise dos pontos centrais do laudo elaborado a pedido da impetrante pelo Sr. Hilário Rosa, atendendo, assim ao requerimento formulado no item *d* da manifestação da impetrante no processo administrativo. Tecem-se considerações de natureza eminentemente técnica a respeito, por exemplo, da impropriedade de algumas das obras literárias em que se apóia o mencionado laudo:

"O senhor Hilário Rosa sempre procura demonstrar lacunas no levantamento bibliográfico dos autores de relatórios de identificação de terras indígenas. Muitas das fontes a que ele costuma recorrer para comprovar o lapso são compilações e relatos de viajantes e/ou missionários. Nestes, ele busca a revelação da verdade que comprovaria a ausência da ocupação indígena. Ora, independentemente da posição de contestante ou autor do relatório, é necessária muita prudência no uso de relatos de viajantes e missionários. (...)" (fls. 392-393)

Atende-se, com isso, ao pedido de apreciação de documentos históricos e obras literárias indicados pela requerente (letras *a* e *b*), sendo certo, de qualquer forma, que não se pode, razoavelmente, exigir da FUNAI ou dos especialistas por ela contratados que examinem e refutem, um a um, o conteúdo das obras e dos estudos apontados pelos interessados.

A segunda parte do relatório traz ainda considerações de natureza eminentemente técnica destinadas a se contrapor à posição manifestada no laudo do Sr. Hilário Rosa, atinente a aspectos tais como (a) relevância da história oral e da memória como fontes de investigação; (b) legitimidade da organização e da mobilização dos índios para reivindicação de áreas destinadas à sua ocupação; (c) conceitos lingüísticos e antropológicos utilizados na demarcação das terras indígenas (fls. 391-396).

Finalmente, em relação à ouvida do Sr. Militão Baptista, tem-se que, a despeito da falta de manifestação expressa da FUNAI acerca do pedido, seu indeferimento pode ser depreendido do conjunto dos termos do parecer, que afirma a presença indígena na área delimitada com base em diversos fundamentos, incapazes de serem infirmados pelo depoimento pessoal de um único morador.

7. Consta-se, do exposto, que os argumentos e elementos probatórios trazidos pela ora impetrante aos autos do processo administrativo foram tomados em consideração pela FUNAI na formulação da convicção expressa em seu parecer, ainda que para serem tidos por irrelevantes à delimitação das terras indígenas, ou mesmo para serem refutados por considerações de ordem técnica. Resta descaracterizada, assim, a ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

8. Registra-se, por fim, que a questão da falta de citação para o processo administrativo não é articulada como causa de pedir da presente impetração. Foi, de qualquer sorte, objeto de exame pela sentença proferida no mandado de segurança impetrado contra o Presidente da FUNAI visando à extinção do processo administrativo, que denegou a ordem, nos seguintes termos:

"(...) Noutro passo, certo é que quando a Impetrante adquiriu as terras o procedimento administrativo já tinha sido dado a conhecer ao anterior proprietário, sendo, pois, obrigação desse alienante fazer as devidas comunicações. Se assim não

Superior Tribunal de Justiça

fez, deve arcar com as responsabilidades, pois não há que se exigir da FUNAI hábito rotineiro de consultar o cadastro do registro de imóveis a fim de verificar se houve alteração no quadro de proprietários. Este sim, frise-se, uma vez repassando seu bem, tem a obrigação de comunicar tanto ao novo adquirente quanto à FUNAI para livrar-se da evicção." (fl. 504)

9. Diante do exposto, por não reconhecer a existência de direito líquido e certo a tutelar, divirjo do relator, denegando a segurança. É o voto.



VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS:

Sra. Ministra Presidente, foi desta 1ª Seção uma manifestação em prol de direitos dos detentores da terra que determinou a modificação de portaria anterior, que, draconianamente, afastava qualquer possibilidade de prova nos autos quando se cogitasse de terras indígenas. A verdade é que se modificou o processo e se admitiu, sim, no processo administrativo, que houvesse a manifestação do proprietário e a produção de prova.

A realidade histórica do Brasil positiva que as terras brasileiras eram habitadas e possuídas pelos indígenas. Conquistadas pelos portugueses, que impuseram a sua cultura, foram distribuídas pelo monarca aos donatários e proprietários. Remanescem, porém, tribos indígenas no Brasil, sendo possível identificar as terras de que teriam sido mais recentemente expulsos. A Constituição resguarda a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelo índios, declarando imprescritíveis os direitos sobre elas.

Trata-se, portanto, de direitos imprescritíveis, subordinados à prova da posse tradicional, e, por isso, fora deferida liminar aos detentores da posse. Faço essa digressão para lamentar não tenha sido atendida a ordem, o que se vem constatando em prejuízo do estado de direito democrático.

Mas, quanto ao mérito da causa, não vejo direito líquido e certo a amparar a pretensão deduzida em mandado de segurança, razão por que, pedindo vênha, acompanho o voto dissidente do Min. Teori Albino Zavascki, denegando a segurança.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2004/0181942-1

MS 10269 / DF

PAUTA: 14/09/2005

JULGADO: 14/09/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AGROPECUÁRIA PEDRA BRANCA LTDA

ADVOGADO : FELIPE RICETTI MARQUES E OUTROS

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade - Demarcação de Terras Indígenas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha (RISTJ, art. 162, § 2º).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 14 de setembro de 2005

Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza
Secretária