

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.01.00.028620-7/BA

Processo na Origem: 200233010008121

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC/S/OAB : CLÁUDIO ALBERTO GUSMÃO CUNHA
AGRAVADOS : HERLON PINHEIRO DOS SANTOS E OUTROS(AS)
ADVOGADOS : JULIAMAR DA SILVA FERNANDES E OUTROS(AS)

D E C I S Ã O

Agrava o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com pedido de efeito suspensivo, da decisão do Juízo Federal da Vara Única de Ilhéus, que deferiu liminar nos autos de ação de reintegração de posse ajuizada por HERLON PINHEIRO DOS SANTOS e OUTROS, objetivando a retomada do imóvel rural denominado “Fazenda Santo Agostinho”, localizado nos municípios de Itamaraju e Porto Seguro, Estado da Bahia, ocupado por índios Pataxós.

Sustenta que a decisão apreciou a questão apenas pelo aspecto civilista da posse, quando, ao que afirma, a posse indígena sobre a terra não decorre apenas de disposição constitucional, mas do fato da presença imemorial dos índios na área objeto da inicial, destacando a **“importância histórica da área para os índios, tendo sido um dos primeiros pontos de contato entre os índios e portugueses”**.

Daí que, enfatiza:

“a) não há que se confundir a posse regulada pelo código civil (*sic*) com a posse indígena, que se funda no indigenato e tem sede constitucional. Tal distinção não foi focalizada pela decisão agravada, que se prendeu aos preceitos meramente civilistas da posse;

b) a posse histórica e imemorial dos índios pataxós sobre a área em questão está robustamente demonstrada para que, em juízo de cognição sumária, seja proferida liminar que os favoreça;

c) se os índios adentraram na área, fizeram-no sem violência e para que fossem restituídos de seu território. Já a agravada, passados vários dias da ocupação pelos índios, não recorreu ao Judiciário, mas teria se valido de pistoleiros para a expulsão dos índios da área, no dia 18/04/2000;

d) se danos forem produzidos ao imóvel em razão da ocupação indígena, terão de ser suportados pela FUNAI e pela União, jamais pela própria comunidade indígena e

e) a comunidade indígena precisa da terra tanto para a sua subsistência quanto pelo que representa para eles, dados os relatos históricos acima transcritos.”

Sumariamente exposta a espécie, decido.

Penso que as razões do agravante não infirmam os bem lançados fundamentos da decisão agravada, na qual o MM. Juiz, depois de analisar o pedido à luz dos dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis e tendo presentes as provas produzidas nos autos, assim se expressa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.01.00.028620-7/BA

Processo na Origem: 200233010008121

“Não se desconhece, por certo, que, em se tratando de disputa de direitos de posse envolvendo comunidades indígenas, não basta a presença desses requisitos previstos na lei processual. Conforme assentado na doutrina e na jurisprudência do TRF da 1ª Região, não é possível que a questão seja dirimida tão-somente sobre a ótica do direito privado, devendo ser considerado os elementos especiais da posse dos índios sobre a terra que tradicionalmente ocupam, a teor do que dispõe o art. 231, § 2º da Constituição Federal.

Advirta-se, inicialmente, que terras ocupadas tradicionalmente não significa *ocupação imemorial*, nem tampouco posse *imemorial*. As expressões **tradicionalmente** e **posse permanente** não são empregados em função do usucapião imemorial.

Com efeito, o dispositivo constitucional preconiza que as terras indígenas são **aquelas ocupadas pelos índios em caráter permanente, utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural segundo os seus usos, costumes e tradições.**

Segundo José Afonso da Silva, **a expressão terras tradicionalmente ocupadas não revela uma relação temporal ou imemorial não se tratando de posse imemorial**, mas sim, o modo tradicional de ocupação e utilização dessas terras, segundo os seus usos e costumes ².

Da mesma forma, o indigitado constitucionalista assevera que a **posse permanente dos índios sobre a terra** não é um pressuposto do passado traduzido na ocupação efetiva, mas uma garantia para o futuro, no sentido de que sejam destinadas eternamente ao seu **habitat.**” (Fls. 107/108)

Colocadas estas premissas, cumpre ao julgador fazer um balanceamento dos dispositivos constitucionais aparentemente conflitantes, tendo de um lado a proteção possessória lastreada no estado de fato sobre a coisa (art. 485 do CC) e, de outro, a posse derivada do indigenato, de assento constitucional, e a partir de então verificar qual deles deve ser aplicado ao caso concreto, tendo em conta os princípios da razoabilidade e da justiça social.

Conclui-se, desde logo, ao cotejar os valores postos em discussão, que, mesmo admitindo-se a verossimilhança da alegação de que as terras em litígio se destinem à posse permanente dos índios Pataxós, não é possível que, em juízo preliminar, seja feita uma contraposição imediata da posse do indigenato em relação à posse do autor, uma vez que aquela (indigenato), exige cognição vertical mais aprofundada, a ser instruída – necessariamente – com perícia antropológica, a fim de se constatar com precisão que a área se destina à preservação dos **recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural segundo os seus usos, costumes e tradições.** (Nesse sentido os precedentes do STF nos MS 20.751, 20.723, 20.215, 20.234, 20.453 e 21.575)³.

De fato, afigura-se-me que o desapossamento repentino dos demandantes de sua propriedade, onde exercem sua atividade agropastoril há vários anos e em que restou demonstrada a existência

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.01.00.028620-7/BA

Processo na Origem: 200233010008121

de plantio e colheita de cacau e a criação de gado, provocaria, neste momento, uma situação de desequilíbrio que seria desproporcional ao próprio retardamento do reingresso dos índios em terras que, em tese, seriam destinadas ao seu **habitat**.” (Fls. 107/109)

² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 9ª ed. p. 727

³ *De há muito esta corte vem acentuando que a comprovação, quando contestada como no caso o foi, da inexistência da posse indígena, não se faz de plano, mas, ao contrário, necessita da produção de provas, inclusive pericial, sendo, assim, questão de fato controvertida, insusceptível de ser apreciada em mandado de segurança que exige a certeza e a liquidez do direito. Rel. Min. Moreira Alves. DJ DATA-15-12-00 PP-00064 EMENT VOL-02016-02 PP-00250 (gn)*

Não se pode negar a relevância da questão sob exame. Entendo, contudo, que não se pode, por outro lado, em exame perfunctório, concluir pela posse indígena sobre as terras em litígio, sem perícia antropológica que indique, sem margem a dúvida, a influência indígena demonstrativa de que, não há muitos anos, os índios tinham ali o seu **habitat**.

Como frisou o eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel em voto-vogal proferido no Agravo de Instrumento n. 2001.01.00048746-0/BA, versando hipótese idêntica à destes autos, se prevalecer a tese da posse tradicional, histórica, todas as terras do sul da Bahia são de posse imemorial indígena, eis que “os portugueses aportaram nesta área de Porto Seguro, Santa Cruz de Cabrália, Monte Pascoal, e encontraram o índio lá”, concluindo que não há dúvida sobre a existência de índios em toda a região, mas afirmando, com o conhecimento que possui, como Juiz que foi da Vara Única de Ilhéus, tendo presidido perícia demarcatória na região, que há muitos anos não existem índios nas fazendas objeto da ação demarcatória e, agora, das invasões.

Portanto, sem adentrar exame de mérito, incabível nesta oportunidade, concluo, como o MM. Juiz de primeiro grau, com suporte em precedentes do STF que, sem perícia antropológica, a fim de constatar com precisão que a área se destina à preservação dos recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural dos índios segundo os seus usos, costumes e tradições, não há como afastar a posse dos demandantes, aqui agravados, do imóvel “onde exercem sua atividade agropastoril há vários anos e em que restou demonstrada a existência de plantio e colheita de cacau e a criação de gado”.

Em face do exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juiz, dispensadas as informações.

Intimem-se os agravados para resposta, querendo.

Publique-se.

Brasília-DF, 3 de setembro de 2002.

Des. Federal DANIEL PAES RIBEIRO
RELATOR