

*Resposta da FUNAI
no contraditório -*

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data <u> </u> / <u> </u> / <u> </u>
Cont. <u>GIDΦΦ 141</u>

Fundação Nacional do Índio - FUNAI
Processo nº 00002.000134/96-35/AGU
Terra Indígena Sete Cerros
Interessada: Sattin S/A - Agropecuária e Imóveis

EMENTA: Terra indígena Sete Cerros. Presunção de legitimidade dos atos administrativos. Ônus da prova que compete à contestante. Contestação instruída sem elementos capazes para desconstituir o relatório do Grupo de Trabalho da Fundação Nacional do Índio - Funai e invalidar o laudo antropológico. Terra indígena situada em faixa de fronteira. Dupla afetação ao domínio federal. Nulidade dos títulos. Proposta de demarcação que deve ser confirmada nos seus termos.

PARECER

I. RELATÓRIO

I.1. Cuida-se de contestação apresentada pela interessada acima nomeada, formulada com base no art. 9º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Pretende a contestante a anulação "do Decreto Presidencial de 01.10.93 que homologou a demarcação administrativa da reserva (sic) indígena Sete Cerros" ocupada pelos índios Guarani, situada no município de Coronel Sapucaia, Estado do Mato Grosso do Sul.

I.2. Em sua contestação, a impugnante alega em síntese que:

a) é legítima proprietária e possuidora de área de terra denominada Fazenda Inhú Guaçú, situada no Município de Coronel Sapucaia, Estado do Mato Grosso do Sul, cuja titulação original data de 11 de março de 1926, feita pelo Estado do Mato Grosso;

alega, ainda, que introduziu benfeitorias e que desenvolve intensa atividade “pecuária de cria”;

b) que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, mediante a expedição da Portaria nº 602-MJ, de 25 de novembro de 1991, declarou como terra tradicionalmente ocupada pelos índios Guarani a quase totalidade da área da Fazenda pertencente à contestante que se encontra, há mais de sessenta anos, sob domínio privado. À época da publicação do laudo, nenhum índio habitava aquela terra, iniciando a Funai o processo de introdução dos mesmo na área;

c) a requerente propôs junto à Justiça Federal em Campo Grande uma Ação Cautelar Inominada, Processo nº 92.0002571-4, que tramita perante a 2ª Vara, cujo pedido liminar foi deferido, e também a devida ação principal, Ação de Manutenção de Posse cumulada com Declaração de Nulidade da Portaria Ministerial nº 602, Processo 92.4762-9. Eis o teor da liminar concedida, *in verbis*:

“... defiro a liminar, com a finalidade de assegurar seja a autora mantida na posse da área, objeto do litígio, além de determinar sejam suspensos os trabalhos de demarcação administrativa, até final deslinde da controvérsia e de não autorizar o ingresso de outros índios no local, isto para evitar qualquer espécie de confronto.”
(Grifos da contestante).

d) O Ministério Público Federal impetrou Mandado de Segurança, Proc. nº 92.03.56656-2, perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, contra o ato da juíza Federal da 2ª Vara de Campo Grande, que deferiu a liminar acima mencionada. A decisão deste Tribunal reformou em parte a liminar concedida em primeira instância. *Verbis*:

“... autorizar os trabalhos de demarcação sendo certo que somente terão acesso à área as pessoas credenciadas pela Funai, as quais poderão tão-somente realizar os trabalhos técnicos conducentes àquela finalidade. (Grifos da contestante);

e) embora a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região tenha autorizado apenas os trabalhos de campo, a terra indígena foi homologada, tendo sido o Decreto publicado no Diário Oficial da União de 4 de outubro de 1993; alegam ainda que o ato foi praticado tendo o Ministro da Justiça ciência do teor da decisão judicial, informado pela própria contestante; informaram também nesta oportunidade, que a

demarcação da terra em questão foi feito sem que se ouvisse o Estado Maior das Forças Armadas - EMFA, em descumprimento, pois, ao Aviso/Circular nº 745 da Presidência da República, já que a terra localiza-se em faixa de fronteira;

f) em 20 de julho de 1988, o Grupo de Trabalho Interministerial - GTI concluiu não ser a área objeto de ocupação permanente indígena (Proc. nº 4437/87), fato este confirmado em perícia judicial "levada a efeito nos autos de 'Medida Emergencial de Antecipação de Provas' (Proc. nº 93.1629-6) processada em caráter cautelar perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande/MS;

g) o ato homologatório afrontou diversos dispositivos constitucionais, quais sejam: arts. 2º, 5º, II, XXII, XXIII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, § 2º, arts. 20, 37, *caput* e 84, sendo ainda ilegal por mais três motivos:

- por descumprir mandamento judicial, fundamentado nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil;
- por atingir direitos de posse e propriedade da Requerente sobre o imóvel tutelado, entre outros, pelos arts. 493, 494, 498, 499, 524, 525 do Código Civil;
- por violar o disposto no art. 19, § 1º do Estatuto do Índio que condiciona a homologação da demarcação de uma terra indígena à inexistência de qualquer contestação judicial;

h) o decreto presidencial homologatório se constitui em expropriação indireta, afrontou direito líquido e certo da contestante, fez *tabula rasa* do direito à prévia indenização e desacatou o princípio do contraditório e ampla defesa, o que o torna inconstitucional;

i) devido a agressão aos direitos acima narrada, propôs Mandado de Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal para desconstituir o Decreto homologatório e a declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto 22/91 e da Lei 6.001/73, já estando em pauta para julgamento, sendo relator o Ministro Néri da Silveira; foi deferida a liminar requerida neste instrumento para impedir o registro da demarcação administrativa.

I.3. A requerente conclui a contestação formulando os seguintes pedidos:

a) que o Senhor Presidente da República requirite à Funai os autos do Processo BSB nº 4437/87 no qual o Grupo de Trabalho Interministerial conclui pela inexistência de índio na área objeto da presente discussão;

b) a revogação do Decreto Presidencial de 1º de outubro de 1993, publicado no Diário Oficial da União de 2 de outubro de 1993, que homologou a demarcação da terra indígena Sete Cerros e, conseqüentemente, a determinação ao Sr. Ministro da Justiça que torne sem efeito o contido na Portaria nº 602/MJ.

Encerra protestando por todos os meios de prova em direito admitidos.

II. LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

II.1. O pleito formulado não atende aos requisitos estabelecidos pelo § 8º do artigo 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. De fato, estabelece a mencionada norma regulamentar:

art. 2º

...

§ 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 aos índios 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.

II.2. O Poder Executivo estabeleceu que a contestação, no procedimento de demarcação das terras indígenas, deve ser feita com provas pré-constituídas. Isto é, os interessados não poderão solicitar da autoridade pública que seja aberta uma fase de instrução probatória ao longo do procedimento.

II.3. Nos termos do Decreto que rege a matéria, caberia à contestante ter trazido aos autos elementos que, de plano, configurassem o seu direito. Isto não foi feito. De fato, a contestante não logrou trazer aos autos elementos capazes de mostrar a ilegitimidade da Portaria Ministerial 602/MJ, de 25 de novembro de 1991 e, conseqüentemente, o Decreto homologatório de 4 de outubro de 1993, que declarou como de posse permanente a terra indígena Sete Cerros e ratificou a demarcação feita, respectivamente.

II.4. Como elementos probatórios foram carreados aos autos, apenas e tão somente, Certidões de Cartório de Registro de Imóveis que, na hipótese de áreas indígenas, em face da incidência do § 6º do artigo 231 da Constituição, limitam-se a provar, em tese, a boa fé do adquirente da gleba; fotos e relação dos bens da referida fazenda; cópias das várias ações judiciais propostas e suas respectivas decisões e declarações de antigos moradores de que jamais houve ocupação indígena na área em questão. Enfim, reúne documentos para provar sua propriedade e boa-fé.

II.5. A boa fé do interessado, entretanto, não é suficiente para, no caso de terras indígenas, assegurar a eficácia de seu título. Necessário se faz que, além do título, o interessado evidencie que, na hipótese, não se demonstraram os elementos constitucionais que caracterizam uma determinada porção de terra como terra indígena.

II.6. Somente através de estudos e critérios antropológicos, sociológicos e fundiários, é possível delimitar a área de cada etnia. Com estes estudos, nos termos do Decreto, procede-se à subsunção da norma constitucional que define o que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

II.7. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em memorável aresto, decidiu que:

Ementa: Administrativo - Terras habitadas por silvícolas
1- Comprovado por laudo técnico-administrativo de natureza antropológica que a área questionada sempre foi "habitat indígena", far-se-ia necessária prova judicial suficiente para elidir a verdade do ato administrativo. 2 - ausência de prova de iniciativa dos autores, para afastar a presunção de legalidade do ato administrativo. 3 -

sentença confirmada (TFR da 1ª Região, Relatora Juíza Eliana Calmon, AC nº 89.01.21303-6- Roraima).

II.8. A contestante limitou-se a negar a presença indígena na região sem, no entanto, prová-la. Sequer se dignou a apontar as eventuais falhas e incoerências do laudo de identificação. Alegações sem base técnica, cabalmente demonstrada, não podem servir de móvel para que a Administração Pública anule seu legítimo ato. Para pleitear a anulação, *in totum*, da Portaria declaratória dos limites da terra indígena Guarani, a contestante deveria demonstrar que a área proposta **não é**:

- a) habitação permanente dos Guarani;
- b) local das atividades produtivas dos Guarani;
- c) essencial para a preservação dos recursos naturais necessários aos Guarani; e
- d) necessária à reprodução física e cultural dos Guarani.

II.9. Eduardo Garcia de Enterria e Tomás-Ramon Fernandez afirmam:

Isto quer dizer que a presunção de validade que a lei estabelece não é algo gratuito e carente de fundamento, mas algo que se apoia em uma base real que lhe empresta em princípio, uma certa justificativa. O ato administrativo se presume legítimo na medida em que emana de uma autoridade que o é igualmente (Curso de Direito Administrativo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 502).

II.10. Miguel Seabra Fagundes assim lecionou sobre o tema:

Os atos da Administração são abonados por uma presunção de legalidade, de modo que, só muito excepcionalmente, poderão ser fulminados de ofício com a declaração de nulidade. Não é que nos pareça admissível dar validade ao ato inquinado de vício capital, só porque emane da Administração Pública. Mas, se em relação aos atos privados, não protegidos a priori com a presunção de legalidade, é raríssimo ter lugar o pronunciamento ex

officio da invalidez, com maior razão o há de ser em se tratando de ato público, amparado por tal presunção. Somente casos muito excepcionais, encaminharão a essa consequência (O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed. – São Paulo : Saraiva, 1984, pág. 41).

II.11. Neste mesmo sentido, ensina o jurista Hely Lopes Meirelles:

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos.

(...)

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 135; grifos nossos).

II.12. A única prova que a contestante logrou fazer, confirmando o laudo da FUNAI, foi a de que a terra indígena Sete Cerros, há muitos anos, sofre um processo constante de invasões por parte da população não índia. Da literatura disponível sobre os Guarani e a sua permanência no Estado do Mato Grosso do Sul, constata-se o esbulho a que estão sujeitos há anos. O território desses índios passou a ser disputado e invadido principalmente no início deste século, com o avanço das frentes nacionais e extratoras da erva-mate. A partir do final do século passado, com a criação da Companhia Mate Laranjeira, o avanço sobre aquela região deixa de ser meramente predatório para converter-se em apropriação territorial, com todo o apoio das elites políticas brasileiras.

A partir de então, os Guarani passaram de fornecedores eventuais de mão-de-obra na extração da erva-mate para a situação de deserdados e expropriados de suas terras.

II.13. Contribuindo com este processo, o extinto Serviço de Proteção aos Índios - SPI, criado em 1910, implementa na região a política das “reservas” ou “aldeamentos”, visando agrupar os diversos Tekoha dispersos, em lotes legalizados, onde, segundo imaginavam os agentes oficiais, os Guarani estariam livres da “exploração” dos ervateiros. Conforme registrou o laudo da Funai, Proc.4439/87, fls. 08:

No início do século, 1910 é criado o SPI, oficializando-se a existência de uma Política Indigenista no Brasil. No sul do Mato Grosso, inicia-se a partir de 1915 o processo de demarcação oficial de reservas destinadas aos Guarani. Algumas dessas áreas praticamente impostas aos índios pelo SPI, dando margens a equívocos principalmente em relação a junção de várias comunidades numa mesma área, sem levar em conta a organização tradicional dos índios em relação a ocupação espacial. Encontrado o lugar, definido, demarcado e com título definitivo em nome do Governo Federal estava formada a “gleba a qual servirá de usufruto dos índios ali estabelecidos ou que venham a se estabelecer nos termos do artigo 8º do Regulamento de Terras com o Decreto nº 786 de 23.12.1927” (texto título Definitivo do PI Sassoró no Arquivo/Funai/9ª DR). Com essas reservas demarcadas, possibilitou a absorção de outros índios da região, completando os “aldeamentos” criados. O Governo teve o apoio de fazendeiros e empresários rurais regionais, visto que teriam “suas terras” desimpedidas da presença de indígenas.

II.14. Com a atitude acima descrita, o Serviço de Proteção ao Índio acabou por liberar as terras e ervais Guarani para o processo de colonização. Mais de 85% dos Tekoha tradicionais (termo que significa “o lugar onde realizamos nosso modo de ser e viver”, já que para os Guarani “terra” não é qualquer pedaço de chão, não tem valor econômico em si mesma, mas trata-se de um lugar onde o primeiro pai, o Criador – Ñandejara –

originalmente designou-lhes como morada, ou o “lugar onde podem viver segundo as regras e preceitos divinos) “pertenceram” a Companhia Mate Laranjeira.

II.15. A própria contestante, ao endossar os argumentos dos trabalhos técnicos da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, confirma a expropriação e invasão das terras indígenas, que foram tituladas pelo Estado do Mato Grosso, registradas por particulares, embora fossem indígenas. A história da expulsão dos índios da terra indígena Sete Cerros é assim contada pelo próprio povo Guarani, Proc.4439/87, fls 11/12:

... até a época que o Ludovico era vizinho não importava, inclusive tinha bugres que trabalhava com ele. Os bugres transitavam à vontade nessa área, do Pacupey ao Pacury, não tinha fazendeiro, era muito índio ... andavam à vontade, chegava a uns 2.000 índios mais ou menos. O Ludovico ficou uns 30 anos, vendeu em 1976, os bugres tinham suas caças, roças, criação... em 1979, a empresa entra... em 1960, teve um sargento de Paranhos que mandou os índios se reunirem que ia fazer uma colônia de índios, não sei o que houve que não deu nada... Um tal Marcílio (ou Moacir?), um paulista, que se comprometeu a dar a área para a empresa limpa e desilhada, ele era administrador da firma anterior a empresa, prometeu dar limpa na época da venda...

.....
.....

“... o fazendeiro não queria mais índios... a morte do Morenito aconteceu nesta época, morava com sua família, próximo do Rio Cuê, ele foi pedir água, ele (o morenito) deu, aí ele atirou...” De acordo com a comunidade, Morenito foi morto pelos capangas da empresa, não quis sair da área, continuou com sua casa, sua roça e sua plantação e criação. Foi assassinato (sic) o Morenito (Júlio Campos) sua esposa (Glória Vieira) e uma filha pequena; outras três conseguiram fugir.

II.16. É um caso típico, a titulação da terra indígena de Sete Cerros, de aplicação do § 6º do art. 231 da Constituição Federal. Além disso, há que se lembrar o que dizia a alínea “c” do art. 3º do Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios, aprovado pelo Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936:

O Serviço de Protecção aos Indios promoverá os actos mais convenientes:

(...)

c) para que, igualmente, sejam respeitadas as posses dos indios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores, ainda mesmo nos casos de extinção dos aldeamentos, provando que o facto dos Governos terem deixado de administrar estes aldeamentos ou estabelecimentos, ou de superintendel-os, não justifica que os indios, ou os seus descendentes, sejam expoliados de suas terras.

Ou seja, não se admitia que os aldeamentos fossem extintos por esbulho – de fato ou mediante titulação fraudulenta. E mesmo quanto àqueles extintos por atos formais da administração, aplicava-se a norma acima transcrita.

II.17. A vinculação entre o conceito constitucional do § 1º do artigo 231 da Lei Fundamental da República, os elementos probatórios que acarretaram o reconhecimento da terra indígena Sete Cerros, e a Portaria que lhe definiu os limites, foi total. Deste modo, é juridicamente perfeito o ato homologatório da demarcação da terra em questão. Mesmo assim, passaremos a examinar as alegações e cada um dos pedidos da contestante.

III. REVOGAÇÃO DO DECRETO HOMOLOGATÓRIO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA SETE CERROS, DE 1º DE OUTUBRO DE 1993.

III.1. A pretensão é totalmente improcedente. Conforme foi demonstrado acima, o procedimento administrativo de demarcação da terra indígena Sete Cerros, no Estado do

Mato Grosso do Sul foi feito com base em análises técnicas que demonstram a ocupação tradicional da comunidade Guarani na terra demarcada.

III.2 O laudo técnico demonstrou, especificamente, que os Guarani têm habitação permanente no território, nos termos da Constituição, embora venha sendo turbada ao longo de anos. Tal turbacão, entretanto, não é suficiente para descaracterizar aquela habitação. Dos elementos constantes e referidos nos autos do procedimento demarcatório podemos constatar o processo violento de ocupação de seu *habitat* tradicional, mais especificamente do tekoha em questão – Sete Cerros.

Inúmeras famílias Guarani que tinham recusado o “aldeamento” nas reservas e permanecido, de alguma forma, nos seus Tekoha, formaram um enorme contingente populacional espalhado por toda a região. Estes Guarani ficaram conhecidos, mais tarde, como “desaldeados”. Tal categoria, criada e largamente utilizada para caracterizar, na verdade, os que permaneciam em seus Tekoha de origem, ganhou outras conotações, como, por exemplo, “infieis”, por sua recusa à submissão à tutela oficial que era praticada nos postos indígenas, aliada às ações conversionistas das Missões, ambas as instituições implantadas em cada uma das 8 reservas oficiais.

A quase totalidade dos agentes da FUNAI que trabalhou na região até a década de 70, considerava como “desaldeadas” aquelas famílias Guarani que não habitavam as áreas dos PIs, no que foram, naturalmente, respaldados por orientações superiores. Incorporadas à já preconceituosa visão do senso comum em relação aos índios, a idéia de “desaldeados” (ou índios de fazenda”, pelo jargão corrente) justificou as ações de confinamento dos Guarani diante do nomadismo também erroneamente atribuído a eles. Dizê-los nômades ou “desaldeados” faria com que fossem desclassificados como povo culturalmente sedentário e possuidor de terras permanentes.

O trabalho assalariado (“changa”) nas fazendas também contribuiu para a construção e generalização desses estereótipos, que foram insistentemente utilizados apenas e tão somente em benefício daqueles que ocuparam e pretenderam apossar-se dos incontáveis Tekoha espalhados por toda a região sul do Mato Grosso do Sul. Os Guarani, na tentativa de permanecer em seu território tradicional, aceitavam trabalhar nas fazendas, transformando-se em mão-de-obra barata, em princípio, adequada e útil.

Por mais de meio século, esses índios “desaldeados, changueadores e nômades”, foram praticamente alijados no que diz respeito a quaisquer direitos territoriais e discriminados no tocante à proteção oficial (e mesmo de missionários), já que esses serviços estavam restritos aos limites físicos dos postos indígenas. Até bem pouco tempo, estavam incluídas nessa categoria, por exemplo, as comunidades de Pirakua, Jaguapiré, Sete Cerros e outras. Sistemáticamente omitidos pelo Governo, esses índios tornaram-se vítimas fáceis das ações daqueles que visavam a ocupação de suas terras.

Os missionários, com mais agentes e melhor aparelhados que o Governo, foram responsáveis também por muitos traslados de famílias dos seus Tekoha tradicionais. Principalmente na região mais ao sul do estado, a atuação dos missionários foi até anterior à do governo, dada a ausência de agentes governamentais.

Inúmeros conflitos ocorreram durante este longo período. A partir da década de 70, principalmente na segunda metade, o processo de “aldeamento” dos Guarani mostrava, de forma clara e visível, o seu esgotamento e ineficácia, revelando as conseqüências de uma política avassaladora de perda do território tradicional. Os Tekoha de Rancho Jakaré e Guaimbé foram os primeiros casos a serem reconhecidos oficialmente pelo Governo e depois de vários traslados de sua população (primeiro para o vizinho Paraguai e depois para Bodoquena, nas terras dos Kadiwéu), foram demarcados em 1983.

Mas ainda assim, isso não significaria o fim da política de “aldeamento”. **Alarmados pelas novas demarcações, os fazendeiros intensificaram as expulsões de índios em toda a região.** Persistindo na mesma política, FUNAI e missões religiosas continuavam incentivando os confinamentos nos PIs, que ofereciam guarida às famílias Guarani que eram expulsas - **nas décadas de 60 e 70 praticamente todos os Tekoha Guarani se viram englobados por fazendas.**

Foi somente na década de 80 que a FUNAI percebeu a necessidade de identificar e delimitar as terras tradicionais dos Guarani no Mato Grosso do Sul, **nessa época, portanto, já retalhadas e completamente invadidas.** Os processos de identificação da FUNAI, além disso, se arrastaram, sendo, quase todos, submetidos à análise do Grupo de Trabalho Interministerial.

Só em fins da década de 80 e início dos anos 90, após a abertura do governo e a promulgação da nova Constituição, é que outros Tekoha iriam ser oficialmente reconhecidos: Pirakuá, Takuaraty, Jaguapiré, Cerrito, Sete Cerros e outros, foram finalmente demarcados e homologados. Não obstante, a situação de fato das comunidades indígenas nessas áreas é ainda, em praticamente todos os casos, de conflito, sendo hoje, em sua maioria, objeto de disputa judicial.

III.2. O tekoha de Sete Cerros, a não ser de forma circunstancial e episódica, não apresenta grandes variações frente a outros casos de demarcação de terra indígena Guarani. No início dos anos 70, tem início um processo de expulsão de índios com o intuito de “limpar” as terras da região. E é fundamentada nos títulos obtidos com a expulsão dos índios de seus tekoha que hoje pretende, a contestante, sobrepor à posse indígena, a posse civil.

III.3. O requisito de habitação permanente não pode ser confundido com o instituto civil da posse. Como ensinou o Ministro Victor Nunes Leal,

Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. (...) 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 desse 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 à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao 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 culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo (Min. Victor Nunes, RE nº 44.585, Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, pág. 360).

III.4. As Constituições Federais desde 1934, sucessivamente, determinaram o respeito à posse indígena. A Constituição de 1934 estatuiu:

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nellas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliena-las.

Pontes de Miranda, no comentário deste artigo, disse:

A proibição de alienação (das terras em posse dos índios) tem como conseqüências:

a) a nulidade absoluta de qualquer acto de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há prescrição contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional (Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil, tomo II – Rio de Janeiro : Editora Guanabara, 1937, pág. 348/349; grifos nossos).

III.5. Dizia o art. 154 da Carta de 1937:

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

III.6. Veja-se a redação do art. 216 da Constituição de 1946:

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Pontes de Miranda também comentou este dispositivo:

O texto respeita a posse do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exhiba o título de domínio. Desde que há posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que

forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas (Comentários à Constituição de 1946, vol. V, 1953, pág. 335, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu. – Brasília : Ministério Público Federal, 1988, pág. 67; grifos nossos).

III.7. A vigente Constituição Federal, portanto, seguiu exatamente a trilha das Cartas precedentes, trazendo para o art. 231 proteção à posse indígena. O constitucionalista José Afonso da Silva afirma, comentando estes preceitos:

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para a sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio (Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª ed. rev. e ampl. – São Paulo : Malheiros Editores, 1992, pág. 729; grifos nossos).

III.8. Os trabalhos técnicos elaborados pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI demonstraram que, apesar de todas as invasões e expulsões que sofreram, os Guarani permaneceram em seu território. A posse da contestante – esta sim, a se avaliar conforme o direito civil – é que foi obtida com sabida violência, mantendo tal caráter (art. 492 do Código Civil), e, portanto, se trata de posse injusta (art. 489 do Código Civil). Posse violenta, na lição de Tito Fulgêncio, citado por Guido Arzua (Posse: o direito e o processo. – 2ª ed. ref – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pág. 46), é a *tomada com o emprego de força física, ou por meio do constrangimento moral de intimidação, de abuso de posição, todo ato, em relação à coisa, praticado contra o possuidor* (grifos nossos).

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo ensinou:

Para poder a posse gozar da proteção legal é necessário que ela seja justa e de boa fé e, conseqüentemente, não tenha sido obtida de modo vicioso (RT 196/92).

E pouco importam quantas transferências tenham sido feitas, porque no que respeita à posse, ela sempre conserva o “colorido anterior”, na expressão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (RT 458/231).

III.9. Contudo, justa ou injusta esta posse concorrente com a dos índios é posse nula, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição. E, em realidade, a posse dos Guarani, comprovadamente mantida por eles ao longo dos tempos, apenas não logrou manter-se exclusiva, porque se violaram as sucessivas garantias constitucionais que determinavam o respeito à posse indígena. Por isso é que o § 1º do art. 62 da Lei nº 6.001/73 determinou aplicar-se tal nulidade às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

III.10. É necessário compreender que a Constituição não exige que a *habitação permanente*, um dos requisitos do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, seja *exclusiva*. Ao contrário, o procedimento demarcatório tem por finalidade essencial, exatamente, **devolver o caráter de exclusividade** à posse indígena, nos termos garantidos pelo § 2º do art. 231. Se a exclusividade da ocupação territorial já fosse um dado, **inexistiria a necessidade de demarcação**.

III.11. Na contestação oferecida, subjaz ao argumento principal a idéia de que os títulos da contestante consolida direito adquirido em favor dela, excludente da posterior declaração do caráter indígena da terra.

III.12. Esclareça-se, desde logo, que os direitos dos índios sobre suas terras são **originários**, ou seja, precedem ao próprio Estado, conforme tese a que aderiu Raymundo Laranjeira (A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito à indenização por benfeitorias, in Os direitos indígenas e a Constituição. - Porto Alegre : Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pág. 97) e, como se viu acima, na lição de Pontes de Miranda, não há títulos alegáveis contra a posse indígena. Os direitos indígenas sobre suas terras são imprescritíveis, e por isso não os

atingiu nenhuma decadência pelo fato de não terem sido, os índios, mantidos na exclusividade da sua posse.

III.13. A alegação de direito adquirido contra o direito dos índios não prospera. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto quanto o ensinamento da doutrina, são monolíticos, como demonstra Gilmar Ferreira Mendes:

103. Tendo a Constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais existentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção constitucional aos direitos adquiridos (C.F., art. 153, § 3º) e ao direito de propriedade (C.F. art. 153, § 22 e 5º), para legitimar a propositura da presente Ação Cível.

104. À evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa no art. 198, da Lei Maior. Como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito adquirido contra norma constitucional. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Excelsa Corte, tal como se vê no voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves, no RE nº 94.414, in verbis:

As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas e figura do direito adquirido. Mesmo nas constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não, ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Por isso, Barbalho, ao comentar o art. 11, 3º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos Estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava:

“Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensa não lhes é feita e a retroação é proveitosa ao bem

geral ; e eis por que têm pleno efeito com relação a fatos anteriores : I. As leis constitucionais ou políticas (...)" (Constituição Federal Brasileira - Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p.42). Igualmente, Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 141, § 39, da Constituição de 1946, escreve, ao examinar o conceito de direito adquirido:

"Não há direitos adquiridos contra a Constituição" (Comentários à Constituição Brasileira, 5a ed., Rio de Janeiro, 1954, v. 3, n° 505, nota 7).

No mesmo sentido, manifesta-se Pontes de Miranda, em mais de uma passagem de seus Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1, de 1969:

"Impõe-se ao legislador cogitar de lei que de certo modo indenize as perdas, porque não basta invocar-se a proteção dos direitos adquiridos (art. 150, § 3° e 22), pois as constituições são retroeficazes" (op. cit. t. I, p. 538); (...)

No retirado art. 176, no art. 177 (hoje art. 194) e nos retirados arts. 179 e 180, parágrafo único, a Constituição de 1967 abria exceção ao princípio da imediatividade eficaz das regras jurídicas constitucionais, porque, se o não fizesse, os direitos adquiridos pelas pessoas mencionadas estariam prejudicados (op. cit. t. VI, p. 389); As constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesmo fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não; (op. cit. t. VI, p. 392).

Afirmações semelhantes - com larga citação de autores nacionais e estrangeiros - se encontram em obras dedicadas, em nosso país, ao direito intertemporal. Assim, em Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, Rio de Janeiro, 1946, n° 43, p. 60; e Bento de Faria, *Aplicação e Retroatividade da lei*, Rio de Janeiro, 1934, n° 8, p. 25 e segs.

Essas assertivas se coadunam com a natureza mesma das coisas. Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o poder constituinte, originário ou derivado, entende ser essa vedação exigida pelo interesse comum, e, portanto,

aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. (RDA 160/149).

105. *E, manifestando-se especificamente sobre a matéria, assevera Celso Bastos que:*

O inciso IV do art. 4º da Constituição há de ser entendido conjugadamente com o art. 198 e seus parágrafos. À União, com efeito, fica deferido o domínio das terras ocupadas pelos silvícolas, mas a este cabe a sua posse permanente assim como fica reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Ficaram extintos todos e quaisquer direitos que pudessem incidir sobre as referidas terras, sem que os lesados possam pleitear indenização contra a União, por força dos §§ 1º e 2º do art. 198. O princípio do direito adquirido, assegurado pelo § 3º do art. 153, ficou excepcionado em face do conteúdo dos referidos dispositivos. (Curso de Direito Constitucional, 1912, pp. 109/110).

106. *De resto, vale notar que o princípio de direito adquirido não subsiste diante de preceito que disciplina a existência ou a extinção de instituto jurídico, visando aos efeitos e ao conteúdo jurídico de determinada situação (Roubier, Droit Transitoire, 1960, 2º edition, pp. 210/213 ; Carlos Maximiliano, Direito Intertemporal, 1955, pp. 61/62; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Tratado de Direito Civil Brasileiro, 1932, v. II, pp. 187/188 ; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, t. V, pp. 77/78 ; O. A. Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 1, 1969, pp. 276, 287 e 288).*

107. *Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 22, ou do art. 5º, da Constituição, não pode emprestar fundamento à pretensão do litigante, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer título de propriedade sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (C.F., art. 4º, IV e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4º, IV,*

da Lei Maior, contêm em verdade, uma declaração de extinção da propriedade em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há, pois, como afastar a incidência imediata e geral, com a alegação de direito adquirido ou de situação jurídica consolidada.

108. Assinale-se que a aludida orientação mostra-se inteiramente consentânea com diversos precedentes da Excelsa Corte que têm reafirmado a inexistência de direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. A propósito, vale ressaltar a seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves no RE nº 94.020, in verbis:

(...), em matéria de direito adquirido, vigora o princípio - que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes - de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como o é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato. (RTJ 104/272)

109. Como se constata, é palmar o equívoco em que laboraram eminentes juristas como Carlos Medeiros e Cretella Júnior, ao sustentarem que a disposição contida no art. 198, da Constituição, não se aplicava aos títulos de propriedade outorgadas na vigência da Constituição de 1946, tendo em vista a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (cf. Pareceres in RDA, 122/383 e RDA 128/641)

(ob. cit., págs. 54 a 56).

III.14. Em suma, as pretensões da contestante são corolário de uma absoluta ignorância sobre a natureza jurídica das terras indígenas. Contudo, sobre o tema, os juristas da atualidade sintetizam a construção doutrinária e jurisprudencial que consolida a tradição constitucional brasileira.

III.15. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, na expressão que sucedeu às terras em posse de, habitadas ou ocupadas por, silvícolas, estão reconhecidas como direito originário dos índios. A prevalência da posse ou ocupação indígena sempre foi entendida como excludente de quaisquer outros títulos, como se viu na transcrição de Pontes de Miranda no comentário ao art. 129 da Constituição de 1934:

A proibição de alienação (das terras em posse dos índios) tem como conseqüências:

a) a nulidade absoluta de qualquer acto de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há prescrição contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional (Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil, tomo II. – Rio de Janeiro : Editora Guanabara, 1937, pág. 348/349).

III.16. O Mestre ainda explicou, glosando o art. 198 da Emenda nº 1, de 1969:

São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registados (sic), contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores (os títulos) à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registo (sic) anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição (sic) (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, 2ª ed., tomo VI : São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, pág. 457; grifos e parênteses nossos).

III.17. Em suma, a Carta de 1988 adotou, atualizando-o, o instituto do indigenato, quanto às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Assevera José Afonso da Silva que

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e no reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos

primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (...) O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, 'não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem' (Curso de direito constitucional positivo, 8ª edição revista e ampliada de acordo com a nova Constituição – São Paulo : Malheiros Editores, 1991, pág. 728).

III.18. No início do século, João Mendes Júnior analisou o instituto do indigenato:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juriconsulto Paulo (Dig., tit. de acq. vel. amitt. possess., L. 1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas, o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como direito congenito. (...)

Só estão sujeitas á legitimação as posses que se acham em poder de occupante (art. 3º da Lei de 18 de setembro de 1850); ora, a occupação, como título de aquisição, só póde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A occupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictæ (confiram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictæ; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples occupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente

aos índios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado (Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos – São Paulo : Typ. Hennies Irmãos, 1912; grifos do original).

III.19. Por conseguinte, revela-se óbvio que a demarcação administrativa das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios nada mais faz que, apenas e tão somente, **declarar** os limites da terra sobre as quais os índios exercem **direito pré-constituído e reconhecidamente originário**. Voltemos a José Afonso da Silva:

De qualquer forma, não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras. Como mencionamos há pouco, os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação (ob. cit., pág. 731; grifos nossos).

III.20. Em conclusão, não procede o pedido de revogação do Decreto homologatório, com a conseqüente insubsistência da Portaria de delimitação da terra tradicionalmente ocupada pelos índios Guarani, localizada no município de Coronel Sapucaia, no Estado do Mato Grosso do Sul.

IV. DESCUMPRIMENTO AO AVISO CIRCULAR DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

IV.1. É descabida a afirmação de que a demarcação da terra indígena Sete Cerros tenha descumprido o “Aviso/Circular 745 da Presidência da República” que, complementando o Decreto 22/91, passou a exigir que fosse previamente ouvido o Estado Maior das Forças Armadas quanto a conveniência e à oportunidade de instituição de novas áreas em faixa de fronteira. A demarcação da terra indígena Sete Cerros foi feita sob a égide do Decreto 22/91 e cumpriu todas as suas etapas. Não havia neste diploma legal qualquer previsão sobre a participação do Estado Maior das Forças Armadas no procedimento de demarcação das terras indígenas e não caberia, por respeito ao princípio

da hierarquia das leis, ser “complementado” através de um Aviso, mesmo sendo este ato do Presidente da República. Ademais, o ato de demarcação das terras indígenas é um ato vinculado, não cabendo à Administração discutir sobre sua “conveniência”. A se afastar disto, estaria o Poder Público afrontando a Constituição, já que esta determina que se demarque uma terra como indígena se for ela tradicionalmente ocupada pelos índios.

IV.2. A matéria se tornou também incontroversa com a manifestação do Ministro da Justiça, Néelson Jobim, em despacho referente à terra indígena Médio Rio Negro, no Processo nº 08620.01564/94:

Assim temos, que não há incompatibilidade alguma entre faixa de fronteira e domínio privado ou público. São duas situações que não se excluem, sendo que as glebas situadas em zona de fronteira tem a sua ocupação e utilização sujeitas ao que estabelecer a lei mencionada no § 2º do art. 20 (da CF). No caso específico da terra indígena, está ela sujeita às mesmas restrições de ocupação e utilização que decorrem dos diplomas legais, pelo que a “posse permanente” e o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios, e dos lagos nelas existentes em tais áreas, estão sujeitas às mesmas limitações (Publicado no DOU, de 20/12/95, à pág. 21529).

IV.3. Alegam que o procedimento demarcatório afrontou diversos dispositivos constitucionais, quais sejam:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

II- Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 20. São bens da União:

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designadas com faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV.4. Salienta-se que a contestante apenas afirmou que houve afronta aos dispositivos constitucionais acima transcritos, alguns sem qualquer relação com a matéria em discussão, porém, não as demonstrou. No decorrer da contestação alude a alguma suposta afronta. Quanto a afronta ao direito de posse, propriedade e direito adquirido a

matéria foi amplamente discutida no item III deste Parecer, que se demonstrou improcedente. Quanto ao cerceamento de defesa, por afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, também improcedem as alegações.

IV.5. Com efeito, tais princípios devem ser entendidos como circunstâncias que devem ser legalmente previstas. Sem a previsão legal não há que se falar em contraditório e ampla defesa considerados abstratamente.

IV.6. O início do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas que os contestantes pretendem impugnar foi estabelecido sob a égide de regime jurídico administrativo perfeitamente compatível com o vigente regime constitucional.

IV.7. Veja-se o que diz, a respeito, Paulo de Bessa Antunes (A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto nº 22/91, in ,Archetypon, Rio, Ano 4, nº 10, 1995, p. 63/4), *verbis*:

Quanto à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, estabelecidos no artigo 5º LV da Constituição da República Federativa do Brasil, igualmente não procede a imputação de inconstitucionalidade. À primeira vista o argumento impressiona mas, em realidade, o que pretendem os arautos da tese é criar uma confusão conceitual entre os princípios fundamentais da defesa na esfera do Direito Penal e do Direito Administrativo disciplinar com os princípios vigentes no âmbito do processo civil e do procedimento administrativo não disciplinar.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da ampla revisão judicial dos atos administrativos e o da inafastabilidade da apreciação judicial de qualquer violação de direito ou de simples ameaça de violação de direitos¹. Em assim sendo, mesmo que o Executivo pretendesse violar direitos constitucionais, especialmente os do contraditório e da ampla defesa, a Lei Fundamental da República não o admitiria. Vale ressaltar que o Poder Judiciário Brasileiro tem sido bastante firme na defesa dos mencionados princípios quando se trata de

¹ - CF “ art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

matéria penal ou administrativo disciplinar. Ocorre que demarcação de terras indígenas não é processo administrativo disciplinar, nem processo penal. É um mero procedimento administrativo (grifo nosso).

Na hipótese em tela não poderia haver processo administrativo para a demarcação de terras indígenas pois, em última análise, quem examinaria a procedência ou não das reclamações feitas pelo interessado seria o próprio Estado-Administração e não o Estado-Juiz. Evidentemente que, no regime constitucional brasileiro não é possível que uma mesma entidade seja parte e julgador em um mesmo processo. Em realidade, não existe lide no interior da Administração Pública. A propósito vale relembrar as sempre válidas palavras do Ministro Moacyr Amaral Santos²: “A lide se estabelece entre dois sujeitos, titulares de interesses contrários, um a pretender subordinar o interesse do outro ao próprio e outro a opor resistência a essa pretensão. Ambos interessados. A função de dirimir a lide com justiça, ou seja, conforme a vontade da lei que regula o conflito, terá que ser atribuída a um terceiro sujeito, desinteressado e imparcial, e esse é o Estado. (...) A essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente jurisdição (...).”

Merece ser ressaltado que a própria Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 1/69, ao prever a possibilidade da existência do sistema de contencioso administrativo para examinar causas tributárias e previdenciárias jamais admitiu que os tribunais administrativos pudessem examinar causas relacionadas com o direito de propriedade pública ou privada. Aqueles que admitem a existência de processo administrativo não disciplinar no Direito Brasileiro, em realidade, admitem que direitos individuais basilares possam ser decididos, definitivamente, no interior da Administração Pública, em concepção evidentemente autoritária. Como se sabe “o direito de ser ouvido pelos tribunais é assegurado a todos

²Santos, Moacyr Amaral - Primeiras linhas de direito processual civil, São Paulo, Saraiva, 1º volume, 5ª ed., 1977, p. 12.

indistintamente, tanto aos que tenham quanto aos que não tenham sofrido qualquer violação ou ameaça de violação a seus direitos, e até mesmo àqueles que, sabendo que não têm direito algum, exijam que o Estado lhes preste cautela jurisdicional, ainda que seja para que o juiz o declare sem direito³.”

As regras constitucionais da ampla defesa e do contraditório têm origem na luta pelo estabelecimento de critérios jurídicos capazes de impedir a arbitrariedade e a violência contra os cidadãos. Tais regras, portanto, estão intimamente vinculadas à aplicação de normas penais ou de sanções e punições administrativas. Vale observar que os incisos XXVII / LXVIII do artigo 5º da Lei Fundamental da República são todos voltados para a proteção da liberdade individual contra prisões ou apenamentos arbitrários. Já a proteção aos direitos de propriedade e do proprietário está contemplada nos incisos XXII/XXXI do mesmo artigo 5º.

A própria localização topográfica do inciso LV do artigo 5º nos demonstra que o mesmo não está voltado para a proteção da propriedade. O inciso LV do artigo 5º é uma explicitação de princípios que já se encontravam implícitos nas Constituições anteriores.⁴ O próprio Supremo Tribunal Federal, historicamente, sempre tem compreendido que a norma tem o nítido conteúdo de defesa da liberdade individual e da apuração isenta de falta disciplinar. A propósito vale trazer à colação a lição do Professor Cretella Jr.⁵: “Em 22 de julho de 1936, o Supremo Tribunal Federal, então denominado Corte Suprema, julgando arguição de inconstitucionalidade de dispositivo de processo civil, diante da Constituição de 1934, vigente, art. 113, § 23, que assegurava aos acusados ampla defesa, manifestou-se pelo voto do Relator, e firmou, para sempre, o princípio de que a Carta `consagra

³ - Baptista da Silva, Ovídio - Curso de processo civil, Porto Alegre, Sérgio Fabris, vol. 1, 1987, p. 71.

⁴ - CF de 1967 (BC 1/69) -” art. 153, § 15 - *A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção.*”

⁵ Cretella Jr., José - Comentários à Constituição de 1988 (artigos 1º a 5º LXVII, Rio, Forense Universitária, 1989, p. 534.

garantias a réus, em processos criminais, ou acusados DE CRIME, propriamente ditos, e não cogita de estabelecer nenhuma norma fundamental para o direito civil'. Assim em 1934, art. 113, § 24, como já, antes, em 1891, art. 72, § 15 e, como depois, em 1937, art. 122, § 11; em 1946 art. 141, § 25; em 1967, art. 150, § 15; em 1969, art. 153, § 15; em 1988, art. 5º, inc. LV "AMPLA DEFESA" é regra peculiar a processo em que o Estado acusa e não existe em processo no qual o Estado, por meio de magistrado, é estranho à lide, procurando dar razão a quem a tem. No processo administrativo, que alguns denominam de inquérito administrativo, é necessária a ampla defesa para demissão de funcionário admitido por concurso" (Súmula 20 do STF), sendo "nula a demissão de funcionário com base em processo administrativo no qual não lhe foi assegurada ampla defesa" (STF, em RDA, 73: 136), porque em inquérito administrativo, destinado a apurar a falta de funcionário e aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada (STF, em RDA 47: 108)."

O Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o artigo 153, § 15 da Constituição de 1969 assim se pronunciou: "O STF ao interpretar a regra em análise, decidiu que: "a defesa a que alude o § 15 do art. 153, da EC 1/1969, é a defesa em que há acusado; portanto, em processo penal ou processo fiscal-penal..." (RTJ 83:385). Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender. A preterição do direito de defesa torna irritado e nulo o ato punitivo (RT, 239, 255). Contra: RT, 296,555 (entendeu-se, nesse acórdão, que a garantia constitucional de ampla defesa refere-se, apenas, ao processo penal, sendo inaplicável ao procedimento administrativo). Essa decisão, que é bastante restritiva, limita indevidamente o alcance da tutela constitucional.⁶"

⁶ - Mello Filho, José Celso - Constituição Federal Anotada, São Paulo, Saraiva, 1986, 2ª ed., p. 449.

O maior dos comentadores das Constituições Brasileiras, Pontes de Miranda⁷, cujas concepções democráticas são de todos conhecidas, assim lecionou: “A defesa a que alude o § 15, é a defesa onde há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.” De resto, há uma unanimidade doutrinária quanto à extensão do conceito de ampla defesa e do contraditório existentes no texto constitucional de 1969⁸.

Poder-se-ia argumentar que o texto da Constituição de 1988 trouxe uma inovação significativa pois, menciona expressamente o processo administrativo e se utiliza do vocábulo litigantes. Tais acréscimos, contudo, nada mais foram do que a explicitação de princípios implicitamente contidos nas Constituições anteriores, como já ficou demonstrado acima. A propósito, vale o comentário da prof^a. Ada Pellegrini Grinover⁹:”Numa visão não estritamente jurisdicional, mas processual, abrangente, portanto, não apenas nos processos que são instrumento de ação jurisdicional, mas, também, de outros processos (“procedimentos”) em que se garanta o direito de defesa, não se pode deixar de lado o processo administrativo disciplinar a que, muito embora não haja o exercício de função jurisdicional, se aplica a garantia constitucional expressa de direito de defesa.”

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva¹⁰ atentos que estavam às ampliações terminológicas do princípio do contraditório estabelecidas pela Carta de 1988, anotaram: “ Em princípio, pois, não há senão que se tecer encômios a este alargamento. Por mais que, em certos casos, ele possa se afigurar desnecessário, ou mesmo desprezível, o certo é que calha muito bem em um Estado de Direito que ninguém seja apenado senão de uma defesa

⁷ Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967(com e emenda nº 1 de 1969),tomo V Rio, Forense, 1987, p.236/237.

⁸ - Maluf, Said - Direito Constitucional, SP, Sugestões literárias, 16^aed., 1984, p.429 e segs. Barbosa Moreira, J.C- Temas de Direito Processual, SP, Saraiva, 1984, p. 66/7.

⁹ - Grinover, Ada Pellegrini - O Processo em Sua Unidade II, Rio, Forense, 1984, p.64.

¹⁰ - Bastos, Celso Ribeiro e Silva, Ives Gandra- Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 2^o volume, 1989, p. 266.

contraditória," Em igual sentido é o pensamento de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 9ª ed., 3ª tiragem, 1993, p. 378). Portanto, contraditório e ampla defesa são princípios constitucionais destinados à defesa de acusados em matéria penal ou administrativo-disciplinar. Tais princípios não se aplicam a outros tipos de procedimento, como é tradicional no Direito Brasileiro.

IV.8. Ademais, o procedimento administrativo de demarcação da área indígena em apreço não se encerrou, tanto é assim que foi oferecida aos contestantes a possibilidade de impugnação do ato administrativo. **Verifica-se, sem dúvida, que a possibilidade de defesa foi oferecida e está sendo amplamente exercitada.**

IV.9. Alega, ainda, sem qualquer fundamento, que o Decreto de homologação descumpriu o art. 19, § 1º da Lei 6.001/73, que condiciona a homologação da demarcação de uma terra indígena à inexistência de qualquer contestação judicial. Em realidade, o citado artigo determina que uma vez demarcada a terra, deverá ser feito o respectivo registro, tanto no Serviço de Patrimônio da União, hoje, Secretaria de Patrimônio da União, quanto no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel. *Verbis:*

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.

§ 1º – A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

IV.10. Logo, são improcedentes todas as alegações acima mencionadas.

V. DESCUMPRIMENTO JUDICIAL

V.1. Mais uma vez, se equivocou a contestante. Alega que o ato homologatório foi praticado em descumprimento ao mandamento judicial, referindo-se à liminar concedida na Justiça Federal de 1ª instância e sua reforma no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Porém, a decisão do Tribunal não determina a paralisação dos trabalhos de demarcação – “não vejo maiores prejuízos em autorizar que a demarcação continue, resguardado no mais, a posse dos requerentes”, apenas veda a perturbação da posse.

V.2. No próprio documento de fls. 280, decisão da Ação Cautelar 92.2571-4, juntado pela contestante, tem-se:

Assim, pode a Funai, com base mesmo na liminar concedida pelo TRF, dar prosseguimento ao processo de demarcação administrativa. o que não poderá fazer será molestar a posse do requerente.

.....

Todavia, a prudência recomenda que seja oficiado à Funai no sentido de que a homologação da demarcatória administrativa e o seu posterior registro não inibem os efeitos da liminar concedida, devendo o órgão abster-se de molestar a posse da requerente.

V.3. Como se vê, a decisão judicial não vedava a prática de qualquer ato da demarcação, podendo, pois, ser até registrada a terra em nome da União. Em virtude de tal decisão, impetrou a contestante, Mandado de Segurança, junto ao Supremo Tribunal Federal para suspender o registro da área, anular o Decreto homologatório e para a declaração de nulidade incidental de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 19 da Lei 6.001/73 e dos artigos 2º, 8º e 10 do Decreto 22/91. A liminar concedida se deu nos seguintes termos:

Defiro até julgamento final do mandado de segurança, em parte, a liminar, tão só para impedir o registro da homologação da demarcação administrativa na matrícula nº 664, referente ao imóvel aludido, no Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Amambai, Mato Grosso do Sul,...

V.4. O ato de homologação é datado de **1º de abril de 1993**; a liminar concedida no Mandado de Segurança Proc. 92.03.56656-2, TRF 3ª Região, e que permite a continuidade da demarcação é de **8 de outubro de 1992**; a sentença final na Ação Cautelar nº 92.0002571-4, que entende que a Funai pode até registrar o Decreto de homologação é de **24 de agosto de 1993**; e o mandado de seguranda no Supremo Tribunal Federal, este sim, veda o registro, é de **25 de março de 1994**., Logo, quando da prática do ato homologatório não havia qualquer mandamento judicial que o vedava.

VI. DECLARAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL DE QUE A TERRA SETE CERROS NÃO É DE OCUPAÇÃO PERMANENTE INDÍGENA E DA “MEDIDA JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS”.

VI.1. Na tentativa de provar suas alegações, de que a terra em questão não é indígena, a contestante afirma que a Funai já reconheceu que não há habitação permanente dos Guarani na área objeto da presente discussão, fato este confirmado em “medida emergencial de antecipação de provas” (Proc. 93.1629-6) perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Campo Grande/MS.

VI.2. Equivoca-se a contestante! As resoluções do Grupo de Trabalho Interministerial não tratam da Área Indígena de Sete Cerros. Basta uma leitura atenta do mencionado documento, juntado pela contestante, às fls. 653, para perceber que se refere a outra área, que, embora de ocupação dos Guarani, nada tem a ver com aquela ocupada pela Comunidade de Sete Cerros: a Área Guasuti – localizada inclusive em município distinto - Aral Moreira.

VI.3. Ademais, na reunião realizada em 20 de julho de 1988, que originou tal resolução, o "GTI" analisou diversas outras áreas ocupadas por comunidades Guarani Kaiowá e Nandeva, mas sem fazer qualquer menção à Área de Sete Cerros. Aliás, **não há nenhum registro nos arquivos da própria FUNAI de que houvesse existido qualquer resolução deste Grupo de Trabalho com referência à Área de Sete Cerros** seja naquela ou em qualquer outra data, pois, na realidade a mesma não chegou a ser apreciada pelo mesmo, como demonstra o documento juntado pela contestante, fls. 650, de sua manifestação.

VI.4. Quanto a produção antecipada de prova, promovida perante a 2ª Vara Federal de Campo Grande/MS, não procedem as alegações. Pretendem demonstrar a inexistência de índios na terra em questão. Porém, a ausência de índios na terra é óbvia! Se os índios foram expulsos dela, como fartamente demonstra a literatura sobre o tema e o laudo da Funai, não poderiam estar lá, por uma simples obediência às leis da Física! Entretanto, o fato de os índios estarem fora de sua terra, como já demonstrado neste Parecer, não é suficiente para descaracterizá-la. Aliás, a insistência dos Guarani em voltar para este local é mais uma prova de que esta terra lhe pertence. Pois, para eles, a sua terra não é qualquer terra, é um tekoha, o local sagrado oferecido pelo Deus-Criador; só tem sentido estar em uma terra, se ela pode oferecer as condições ao povo para o exercício do seu modo tradicional de vida. E isto só é encontrado em um tekoha. É importante neste momento entender esta questão, para compreender o porquê, apesar de todas as agruras, os Guarani retornam para as suas terras, mesmo transcorridos tantos anos de sua expulsão. Soma-se a isto, o fato de que a mencionada “prova” não foi homologada, ou ao menos, não foi juntada pela contestante.

VI.4.1. O TEKOKHA

VI.4.1.1. Como dito acima, ao se pensar a “terra Guarani” não há como deixar de lado a idéia de “Tekoha”, categoria de seu universo ideológico, instrumento de pensamento por meio do qual os Guarani expressam sua concepção a respeito do espaço físico-geográfico no qual se inserem - é noção determinante, que, se desconsiderada, suscita a repetição dos inúmeros erros e desatinos que já se cometeu contra este povo.

O Tekoha deve ser entendido como o lugar físico, isto é, a aldeia, onde se realiza o sistema, o modo de ser, a cultura, o “estado de vida” dos Guarani. É o “lugar em que vivemos conforme nossos costumes” (Meliá, G. e G.: pág. 218) englobando ao mesmo tempo a idéia de comunidade e de aldeia. Especialmente para os Kaiowá, o Tekoha se **apresenta com nitidez no espaço físico e é identificado por rios, córregos, colinas e outros acidentes geográficos que definem seus limites, e esta é uma peculiaridade que os diferencia dos demais, cuja noção sobre o próprio habitat é um pouco mais difusa ou abrangente.**

O Tekoha é uma instituição divina oferecida pelo Deus-Criador com exclusividade à comunidade que nele reside. A cada Tekoha corresponderá, no âmbito do religioso, um sacerdote (Tekoaruvixa) e, condicionado em grande medida a este, um líder (Mboruvixa) responsável pela condução política da comunidade. No aspecto social se estende, no cotidiano do Tekoha, uma rede de relações afetas ao parentesco que se reflete no entrecruzar permanente de pessoas que percorrem os *tape po’i* (trilheiros) em visitas sistemáticas e periódicas. A idéia de Tekoha estará, ao mesmo tempo, invariavelmente associada à idéia de *ÓY* (casa). Espalhadas pela área do Tekoha as “óy” abrigam famílias nucleares e, à primeira vista, sugerem uma apropriação desorganizada e aleatória do espaço.

A impressão inicial de desorganização se desfaz com lentidão e na medida em que se percebe o contorno dos *TE’YI*, isto é, famílias extensas. Cada *Te’yi* apropria-se, dentro do Tekoha, de uma área determinada que lhe cabe e por onde se espalham as casas das famílias nucleares ou biológicas que conformam o *Te’yi*. Um Tekoha pode conter um ou mais *Te’yi* sempre liderado por um *TAMOÍ* (avô). A população do Tekoha varia entre 8 famílias (cerca de 40 pessoas) e 120 famílias (cerca de 600 pessoas).

O Tekoha é, pois, um conjunto de relações entre *Te’yi* e o lugar no qual essas mesmas relações se concretizam, determinando, mediante critérios impostos pela composição familiar do grupo, a ocupação do espaço físico. Um Tekoha pode ocupar um espaço contínuo ou não, dependendo do número de famílias extensas e das relações sociais de parentescos estabelecidas entre as mesmas.

Não há, no entanto, sob qualquer hipótese, a possibilidade de junção de dois ou mais Te'yi em um mesmo espaço - à distribuição no espaço corresponde o domínio do Te'yi no Tekoha. O convívio forçado em um mesmo espaço leva Te'yi diferentes à disputa permanente, que, aliás, tem ocorrido em razão dos grandes equívocos no trato da questão da territorialidade dos Guarani no Mato Grosso Sul. Raramente, também, é permitida a incorporação ou mesmo presença de pessoas alheias ao Tekoha, não ocorrendo fixações aleatórias.

No Tekoha se realizam as grandes cerimônias totalizantes, aquelas praticadas regularmente em nível das famílias extensas. Politicamente, ainda, o Tekoha está estruturado sobre um tênue poder do Mboruvixa, ao qual corresponde, antes de tudo, a função de porta-voz da comunidade. Há momentos, porém, que sua liderança se faz sentir, aglutinando todo o Tekoha nas decisões sobre questões importantes que afetam a todos. É o caso, por exemplo, da terra, para a qual há sempre mobilização geral e coesão para a sua manutenção ou conquista. São nestes momentos, apenas, que a comunidade se revela como um todo: "somente em determinadas circunstâncias, como em importantes festas religiosas, a horda ou aldeia toda aparece como unidade" (Schaden: 1974, 3ª ed., pp. 12).

Ao Tekoha corresponde também a idéia de Yvy (terra propriamente dita), o que nos remete aos aspectos econômicos da sociedade Guarani. "A economia Pa'i é uma economia de subsistência, baseada na **agricultura**, isto é, um regime de produção calcado na distribuição, redistribuição e reciprocidade. As relações econômicas manifestam-se como relações sociais"... (Grunberg, 1975, pp. 31/32). Depreende-se daí a **necessidade da terra** para uma sociedade agricultora, sedentária - nunca nômade - por sua própria atividade econômica. Sua "produção econômica", entretanto, é outra e não segue os moldes definidos pelo capitalismo. Mas é certo que há produção, pois, uma sociedade que não produz, considere-se, não sobrevive.

Assim, "a terra é um bem comum e o meio de produção principal, entregue aos homens pelo Deus-Criador para uso conforme as leis divinas. Por isso, como a água, os Guarani recusam a compra de terras, que não pode ser privatizada - só Deus a possui. Cultivar e cuidar da terra é o mesmo que tratar com crianças. Comprar terra, portanto, seria o mesmo que comprar o homem, o que significaria perder o conceito moral de seres humanos e, em conseqüência, a transcendental determinação de ser homem. Terra e corpo humano são o mesmo: porque os corpos se convertem em terra depois da saída da alma e assim somos nós a terra, nossos antepassados e nossos filhos ao mesmo tempo. Como o corpo tem pelos, a terra tem árvores (*yvyrague*). Não se deve alterar o equilíbrio ecológico para não adoecer a terra; assim, consideram o desmatamento em grandes extensões para plantar pastos para o gado como algo irracional (*omoperõmba ñande yvy*). Observam e comentam problemas de erosão da água e vento como indicadores da destruição iminente do mundo" (Meliá, G. e G.: 203/4).

Dessa forma, ponderar sobre a possibilidade de considerar a terra Guarani como uma mercadoria passível de compra, venda ou negociação com outra área que não aquela oferecida pelo Deus-Criador, é incorrer em erro. É um equívoco pensar que os Guarani vêem as suas terras como objeto de especulação, visando lucro e que fomentam ânsia e desejo de possuí-la além daquela área necessária para a manutenção e sobrevivência do Tekoha. *Ñande yvy* vem a ser “nossa terra” e, ao mesmo tempo, nosso mundo e nosso solo. Terra, para estes indígenas, “é um dos esteios de sustentação de sua identidade étnica (...) o que não significa dizer, no entanto, que não tenha peso e importância enquanto meio de produção básico para a realização e reprodução econômica da sociedade” (Almeida: ABA, 1984). Trata-se, por isso mesmo, de elemento fundamental para a sua vida.

Excelentes agricultores, especialmente os Kaiowá têm noção bastante exata das terras necessárias à sua reprodução econômica - e, por extensão, de seus outros “sistemas”. Constatou-se, nas experiências de eleição ou demarcação de suas áreas, no Paraguai e no Brasil, propostas de perímetros que tendem ao equilíbrio na relação entre número de famílias e quantidade de hectares. As medidas, contudo, não são dadas em hectares, mas sim por marcos naturais que delimitam o Tekoha. Quando definidos pela comunidade, os limites propostos não ultrapassam, nem são inferiores à sua capacidade de utilização e controle das terras. Há uma adequação do que poderíamos chamar de princípio de necessidade e suficiência da terra, sustentado por valores econômicos, sociais, religiosos e políticos próprios, específicos aos Guarani.

Vale ainda dizer que as relações de parentesco entre os Guarani admitem uma constante troca de visitas e casamentos - visitas que podem durar meses são freqüentes, mas não devem ser confundidas com assentamentos permanentes. Os matrimônios entre pessoas de diferentes Tekoha são comuns e com eles criam-se laços de parentesco. Estas relações ocorrem inclusive independentemente da existência da linha fronteira entre Brasil e Paraguai. As regras que regem as relações entre os Tekoha são rebuscadas e não caberia aqui entrar em seus detalhes. **Cabe apenas, dentro disso, ressaltar o fato de que cada Guarani tem perfeita e clara consciência do lugar de seu nascimento, do Tekoha a que pertence, bem como de onde estão seus parentes e antepassados.**

Como se vê, os Tekoha não estão aleatoriamente dispostos dentro do território tradicional Guarani, que estão configurados e referidos a marcos geográficos naturais com significados míticos. É esta uma das razões pelas quais especialmente os Kaiowá se apegam, de forma tão ferrenha, à permanência nesses locais. São inúmeros os exemplos desse fenômeno no Mato Grosso do Sul.

Os estudos governamentais de identificação dos Tekoha levaram em conta as circunstâncias políticas de cada momento, que acabaram por interferir no estabelecimento de critérios para a eleição das áreas Guarani no Mato Grosso do Sul.

Casos há em que o tamanho obedeceu à necessidade de impor-se limites e padronizar o que era politicamente viável diante do contexto em que se vivia.

Sem considerar as reservas do SPI, que inicialmente haviam sido estipuladas em 3.600 ha. cada uma, os Tekoha foram sub-avaliados no que diz respeito ao espaço de cada Te'yi. Assim, espaços correspondentes a famílias extensas agregadas à relação do Te'yi principal não foram considerados nos planos de identificação, fazendo com que tamanho, localização e tipos de limites (rios, linha seca etc) fossem definidos apenas quanto ao que seria do consenso coletivo do grupo macro familiar principal (que tem a figura do *Tomõi*, avô grande, em torno do qual se organizam as famílias de seu parentesco e que, geralmente, permanece no habitat). É o caso, por exemplo, de Pancho Romero, do Yvykuarusú, de Júlio Gonçalves, do Jaguary etc.).

São vários os exemplos onde não se buscou o consenso dos grupos familiares do Tekoha: em Cerrito, por ocasião da delimitação, os próprios índios, pressionados pela situação política naquele momento, que concretizava uma drástica diminuição de terras indígenas, acabaram deixando de fora dos limites de suas terras, áreas tradicionais, alegando que “não havia interesse em pastagens”. Para os índios, as pastagens são consideradas terras altamente degradadas, levando-os a reivindicar apenas a parte do território mais preservada, local em que mantinham uma ocupação precária. O rio Cerrito, que corre ao lado do monte que dá nome ao Tekoha, é a referência do Te'yi principal - era o lugar onde habitava a família do *Tamõi*, onde também havia um cemitério, inundado pelas águas de uma pequena represa construída pelos fazendeiros. Sob pressão, os índios buscaram manter apenas a terra efetivamente habitada, em que havia condições ambientais mais favoráveis para a sua sobrevivência.

Outras pressões no estabelecimento de critérios se somariam ainda no processo governamental de identificação. Ênfase era dada ao critério dos limites preferencialmente naturais: os rios. O argumento era o de que não haveria dúvidas futuras quanto às divisas, além de serem os riscos de invasão minimizados. Porém, para os Guarani, os limites naturais podem até constituir-se numa definição de espaço, mas não o divide em propriedades. Muito ao contrário, os rios e nascentes têm função agregadora das famílias, exatamente em torno de sua utilidade, ou de fatores simbólicos que possam neles estar contidos.

Os Guarani não podem conceber, principalmente em tratando de nascentes e córregos, habitar apenas uma de suas margens. Este critério, ao contrário de preservar a integridade dos Tekoha, como imaginavam os agentes federais, acabou por interferir no estabelecimento dos seus limites, hoje, em sua maioria, colocados em questão: Jaguapiré teve duas micro-regiões não incluídas - Vaqueriami e Cabeçada; Yvykuarusú, objeto de longas discussões sem que a comunidade envolvida tivesse chegado a um consenso, teve, comprovadamente, até por levantamento arqueológico, uma porção desconsiderada. O caso de Jaguary indica também uma falha de entendimento por parte da comunidade indígena em relação aos critérios de eleição da área: o líder do Tekoha, Júlio Gonçalves,

logo após ter retornado à sua terra, disse, em tom de expectativa: “e do outro lado do rio?”

VI.4.2. A BUSCA DA TERRA IDEAL

VI.4.2.1. A localização de um Tekoha Guarani, suas características físicas e geográficas origina-se, antes de tudo, da busca, de caráter mítico, de uma terra ideal. É o lugar onde a comunidade possa se realizar enquanto Guarani, sob determinados desígnios do Deus criador, dono de todas as coisas que existem. O ideal de realização plena, o Aguyjê, é a incessante busca que permeia a relação do grupo com a terra e deve espelhar o modo, as leis, os comportamentos, os direitos e deveres ideais vividos pelo seu criador e dono. Lugar onde não há males, onde tudo é pleno. Esta é, por assim dizer, a “ideologia” que define os parâmetros das relações sociais relativas ao “modo de ser” Guarani: o Teko. A partícula HA, indicadora de lugar, agregada ao termo Teko, define, para eles, a aldeia.

A inexistência de condições sociais e ambientais, que considerem aceitáveis, pode acarretar a destruição do mundo, mito ao qual se remetem sempre que a situação se lhes apresenta abaixo dos níveis considerados suportáveis. Comportamentos estranhos ao seu modo de ser como, por exemplo, atitudes violentas; a destruição da natureza e, conseqüentemente, o desaparecimento de bichos, aves, mel, outros produtos da mata e a ocorrência de fenômenos naturais adversos, são considerados indícios de final do mundo: irremediável. Os males serão destruídos e só assim, um novo será criado.

A economia Guarani, baseada nas relações de reciprocidade, da redistribuição dos bens entre as famílias do grupo tem em suas festas o seu ápice: o ritual do milho novo, ritual no qual os integrantes do Tekoha atingem a sua forma mais próxima da noção de coletivo, ocasião onde o ciclo se completa e um novo se inicia mediante a consagração da colheita representada pelo seu mais nobre produto: o milho. Quando há muita comida, há muita festa. Quando há muitas festas, maior a coesão social entre o grupo.

Suas atividades de cultivar as roças, suas relações com a terra, dão-se no domínio dos laços de parentescos e nas quais são definidos direitos e deveres. O espaço no Tekoha e suas atividades econômicas, sociais e religiosas é definido mediante uma “política” interna de suas lideranças. Festas, construções de casa de rezas, mutirões de limpeza de roças, de estradas, construção de pontes etc. são atividades do cotidiano de um Tekoha. A condução política e religiosa do grupo é exercida pelos seus líderes: o “capitão” e o Pa’i (sacerdote), respectivamente.

Fisicamente, um Tekoha deve ter mato, terra boa para plantar e água. Isto implica também existência de condições que favoreçam as atividades de coleta, caça e pesca, idealmente. Deve-se salientar que, para os Guarani, a coleta é, depois da agricultura, a atividade de subsistência mais importante, superando mesmo a caça e a pesca. Um Tekoha deve oferecer condições para que as atividades de subsistência possam gerir e manter a comunidade, dentro de um padrão de vida que, segundo o seu entendimento, supere o aceitável.

A implacável destruição das condições ambientais no território Guarani e, por conseguinte, dos Tekoha tradicionais, tem alterado profundamente a relação dos índios com a terra. Desterrados, a imensa maioria das famílias passa a depender de recursos provenientes do trabalho assalariado: a “changa”. Com isso, a economia de subsistência passa a ter outras referências em detrimento da teia de relações com o Tekoha. Além de tudo, a justaposição de várias macro-famílias, em razão da equivocada situação fundiária, impõe uma convivência que não é compatível com a forma tradicional de organização familiar Guarani.

O contato com a sociedade envolvente também provoca mudanças. Este é um dado compartilhado por todos. É possível comprovar, porém, que estas mudanças ocorrem no sentido da manutenção da identidade étnica Guarani, de uma organização própria da sociedade e de seus sistemas econômico, político, de parentesco e religioso, de seu universo valorativo, de sua historicidade e de tudo, enfim, que os torna *AVÁ* (homem), diferenciando-os dos não-*AVÁ*. Isso não anula o condicionamento da mudança advinda da relação com o mundo não-índigena.

O contato provoca, necessariamente, entre os Guarani, a prática de um exercício sistemático de “plasticidade morfológica”, por chamá-lo assim, caracterizado por uma sugestiva frouxidão ou quase total ausência de rigidez de suas instituições sociais. É o que tem permitido que se mantenham como um todo social orgânico e integrado, com uma cosmologia estruturada que lhes dá sustentação e condições de reprodução social. Nestes termos, parece ser indicada a prática sugerida pela antropologia de relativizar o poder de coerção e de desorganização interna à sociedade Guarani em decorrência da sua relação com a sociedade brasileira regional, descaracterizando-se, desta forma, uma hipotética inexorabilidade da “integração” ou “assimilação”, que os tornaria “civilizados/brancos”.

As mudanças decorrentes do contato dos Guarani com a sociedade brasileira não seguiram caminhos no sentido da sua “aculturação”, como, no passado, parecia ser desejável. O que parece ter havido é, antes, como que uma “adaptação” à nova e compulsória realidade definida pelo contato e uma “guaranização” das novidades que historicamente lhe foram sendo apresentadas.

A perda do controle e mobilidade em seu próprio território é uma decorrência da nova realidade imposta. Observa-se, apesar disso, a manutenção das regras e da estrutura que regem as formas de distribuição da população Guarani no

espaço. A compreensão de como a comunidade deve se estabelecer em seu território e/ou aldeia se mantém. E decorre daí a busca incessante pela recuperação do Tekoha, no caso, espaço ideal que lhes foi subtraído. É o que ocorreu com os Guarani de Sete Cerros.

VI.4.3. O TEKOKHA DE SETE CERROS

VI.4.3.1. A área de Sete Cerros tem algumas características específicas. Seus 9.003 ha. (nove mil e três hectares) são constituídos, na maior parte, de campos naturais, cerrado baixo (hoje pastagens artificiais) e mata de cerrado (ou “cerradão”), nos sete morros que dão nome ao lugar. Além disso, uma grande parte da terra banhada pelos rios Iguatemi e baixo Pacupe’y é formada de várzeas, ou “terra de banhado”.

Essas características, indubitavelmente, favoreceram uma ocupação peculiar, que se constituiu no trato e criação de eqüinos, paralelo às atividades tradicionais da agricultura. Pelos vestígios de antigos aramados encontrados em diversos pontos do Tekoha, a criação de eqüinos era uma atividade bastante intensa. Contradizendo a idéia dos regionais acerca de uma certa “incapacidade” dos Guarani para este tipo de animais, os índios de Sete Cerros tiveram, na criação de cavalos, uma prática adaptada às condições físicas do lugar e de suas necessidades, principalmente locomoção, que não diferiu, de maneira substancial, da criação de outros animais domésticos, como porcos, cabras etc.

Os montes, ou sete cerros, que na época da identificação encontravam-se, em sua maior parte, muito bem preservados (vide fotos no processo da FUNAI), ofereciam uma grande reserva ambiental, amplamente utilizada pelos Guarani na realização de suas atividades econômicas: roças, caça, coleta de matéria-prima para a construção de casas, de mel de abelha, lenha, frutas, remédios etc.

Além disso, os morros abrigam uma grande quantidade de nascentes, que formam pequenos e numerosos córregos que vão desembocar nos rios limítrofes, atravessando as terras em seu redor. A abundância de água possibilitava a construção de habitações nos mais diversos lugares do Tekoha. O nome dos córregos são também o nome dos lugares onde as respectivas famílias tinham as suas moradas: Rego Kuê, Jundiary, Cupa’y, Guaripikãe, Aguarakãe, Sucuri Ra’ity, Sanga Moroti e outros. A cada lugar definido pelas águas correspondia, na realidade, a existência de grupos macro familiares que ocupavam toda a região. Há dados que indicam ter havido um número bastante grande de famílias na região de Sete Cerros, as quais, no processo descrito acima, teriam sido expulsas ou removidas compulsoriamente pelas empresas agropecuárias.

Um Tekoha pressupõe determinadas condições físicas e ecológicas adequadas aos critérios, que nortearam a escolha da terra pelos próprios Guarani em tempos passados. O caso presente não foge à regra: a terra possui, em seu aspecto geofísico, os fatores fundamentais para constituir-se num Tekoha de acordo com as características culturais do grupo indígena.

O Tekoha de Sete Cerros oferece grande quantidade de terras agricultáveis e uma boa reserva de terras, cujas características permitem satisfazer os anseios da cultura de subsistência dos Guarani, não limitados unicamente à agricultura, como já se viu. A terra agricultável, preponderante, soma-se a outros fatores determinantes para a constituição do Tekoha. Não fosse assim, os Guarani estariam concentrados nas regiões onde a terra oferece muito mais vantagens: as matas de Dourados.

Esse Tekoha apresenta, em seu conjunto, os seguintes traços de composição de sua superfície: uma quantidade enorme de várzea, principalmente à margem do rio Iguatemi e Pacupe'y, próximo de sua desembocadura; campos naturais em quase toda a extensão que margeia as várzeas do Iguatemi, Pacupe'y e Pacuri. Em torno dos sete cerros, há uma vegetação típica de cerrado baixo, onde podiam ser vistos (pelo menos, no passado) os vestígios de antigas habitações. Os cerros, propriamente ditos, caracterizam-se por um solo adequado ao tipo de roça de "coivara", própria do sistema tradicional Guarani. Originalmente, cobriam-se por uma vegetação de cerrado alto.

É importante considerar que o cerrado e o campo oferecem inúmeros produtos vegetais e animais, destacando-se principalmente os remédios. São freqüentes as reclamações dos índios sobre o desaparecimento de espécies vegetais de suma importância para eles, como os remédios, que já não mais podem ser encontrados em seus Tekoha. Reclamam também por estarem impossibilitados de colher em terras hoje de fazendeiros, porque estes não permitem o trânsito de índios em suas propriedades. Nesta medida é que a preservação das matas, campos e rios é fundamental, proporcionando produtos de valor inestimável para a saúde e sobrevivência deste povo.

O Tekoha de Sete Cerros apresenta, no tempo, uma configuração espacial assim definida por região: os índios de Pacuri, que habitavam as margens deste rio e que mantinham também relações com famílias de Piraju'y. Neste lugar, por ocasião do mencionado levantamento da FUNAI, pode-se verificar pequenas roças nas encostas do rio, onde era cultivada principalmente a mandioca. O fato é de suma importância: as famílias estavam escondidas na outra margem do Pacuri, mas plantavam onde consideravam o seu lugar. Nos depoimentos, os índios afirmaram que os donos das roças costumavam cuidar e colher os parques produtos à noite, escondidos e com receio de serem descobertos pelos campeiros da fazenda. A dramática situação reflete o apego daquelas famílias as suas terras, cujas roças constituem-se no atestado mais eloqüente de sua presença ali.

Também mencionado por índios moradores de Piraju'y como Tekoha de Pacuri, o lugar define-se por esta denominação, cujo rio é a referência principal. Neste lugar e também em outros, verificou-se vestígios de cercados onde os índios criavam cavalos, atividade incorporada pelos índios dada a existência de grandes quantidades de pastagens naturais. Os moradores de Pacuri tinham um cemitério, sendo que o de Pakupe'y era maior.

Na região de Pakupe'y também se pode verificar vestígios de cerca, de restos de habitações, pés de cítricos secos etc. É a região onde morava a família Valiente e onde também está localizado o córrego Rego Kuê, lugar de morada da família de "Morenito", já citado. Havia aí restos dos mourões das casas, chiqueiro feito de pau, árvores de cítricos secos e abacaxis, atestando a ocupação tradicional daquela família. O lugar onde foi mostrado um cemitério ficava próximo de outros vestígios de casas e aramados, no local mais perto dos Cerros.

O rio Iguatemi é a parte referente às últimas famílias que ainda permaneciam no Tekoha em 1987. Lá moravam as famílias de Rondon, Carlito Vilhalva, Polaco Romero, Orsário Romero e outros. Todos velhos habitantes do Tekoha, que, na ocasião do levantamento, moravam em um capão de mato à beira do Iguatemi. Escondidos, ficavam isolados por um banhado, onde gado e cavalos não podiam transitar, e pelo rio. Assim, os campeiros não conseguiam aproximar-se deles. Tinham o banhado, o pequeno capão de mato e o rio Iguatemi como proteção, mas vinham vivendo, há alguns anos, em permanente tensão, com medo de que os campeiros "os descobrissem" e expulsassem de lá. Acreditavam que os fazendeiros ignoravam a sua presença.

VII. TERRAS DEVOLUTAS, FAIXA DE FRONTEIRA E ALIENAÇÃO PELO ESTADO DE MATO GROSSO

VII.1. Em primeiro lugar há que se considerar **que as terras em questão jamais foram devolutas** pois, o próprio Estado Brasileiro sempre reconheceu a presença de índios na região e a história do país, recuperada por estudiosos, demonstram a tradicionalidade da ocupação indígena. Num breve histórico sobre a colonização da América, e mais precisamente sobre o Brasil, é possível lembrar um pouco da história do povo Guarani.

Ao iniciar-se a conquista da América pelos espanhóis (vindos pelo Rio da Prata e Rio Paraguai) e portugueses (Atlântico) no século XVI, os Guarani "estavam nucleados numa área compreendida entre os rios Paraguai, Miranda, Paraná, Tietê, Uruguai, Jacui e alguns assentamentos no litoral Atlântico (Susnik II, pág. 9).

Nesta extensa região estava a “nação Guarani (...) em todas as partes agrupada em pequenas divisões ou hordas, independentes umas das outras, e cada uma levava nome diferente, tomando o de seu capitão ou cacique ou da paragem que habitava. Às vezes se compreendia, sob o mesmo nome, diferentes hordas que viviam ao longo de um rio ou em alguma outra paragem ou distrito. Eis aqui a origem dos inúmeros e diferentes nomes que os conquistadores deram à única nação Guarani (...) Mbuguás, Cara-Carás, Timbus, Tucãgues, Calchaguis, Quiloazas, Cários, Mangalas, Itatins, Tarcis, Bombois, Curupaitis, Caaiguas, Guaranis, Tapes, Chiriguanas e ainda outros” (Azara: pág. 203).

Posteriormente estabeleceu-se dentre este elenco de nomes, uma classificação que dividia os Guarani em cinco grandes subgrupos: os Guarani-Cário, situados nas proximidades do Rio Paraguai e da cidade de Asunción (fundada em 1537); os Guarani-Tapes, encontrados em regiões compreendidas pelo hoje estado do Rio Grande do Sul; os Guarani-Paraná, localizados no rio de mesmo nome. No Alto Paraná, encontravam-se ainda os Guarani-Guairá, que hoje em dia formariam o subgrupo Ñandeva (ou Apapukuva ou Chiripa, como podem ser conhecidos), que habitam o Mato Grosso do Sul, o Paraná, Santa Catarina, São Paulo e parte do Paraguai. Os Guarani-Itatim, antepassados dos Kaiowá, encontravam-se “entre os rios Paraguay, Mbotetéy (Miranda), Pirai-Aquidaban e as terras de Xerez (Susnik II, pág. 28).

Os três primeiros séculos da conquista europeia na região meridional da América ocupada pelos Guarani, foram marcados pela presença do missionário jesuíta ligado ao reinado de Espanha e pelos paulistas “mamelucos” (Azara: pág. 204) ou Bandeirantes, que atrás de ouro, minérios e preação de índios, perscrutaram, a partir de São Paulo, todos os rios que permitiam avançar em direção ao oeste sul-americano.

É possível se considerar que a presença jesuítica neste primeiro momento da conquista representou para os Guarani uma alternativa de aliança em relação ao espanhol “encomendero”. Esta aliança contudo teria ocasionado “como previsto pelos caciques, a redução e aglomeração em povos, o que não fez se não facilitar a captura dos Guarani pelos paulistas” (Meliá, G. e G.: 1976, pág. 163).

Durante esses três séculos de presença europeia, a história dos Guarani foi marcada pelas bandeiras paulistas, pela redução de parcela de sua população nas missões jesuíticas e ainda por enfrentamentos de guerra com os “índios cavaleiros”, os Mbya-Guaikuru (Kadiwéu), das planícies a leste do rio Paraguai e ao norte do rio Apa, que os levou a uma constante migração rumo ao sul de seu território.

Estes deslocamentos, contudo, não encontram suas razões exclusivamente nas condições históricas. Em períodos pré-colombianos, há pistas que já indicam traslados Guarani rumo ao sul (Susnik I, pág. 29). Este “caminhar” tinha por objetivo terras mais adequadas a uma organização econômica centrada basicamente na agricultura, o que desautoriza, já naquele momento, interpretações sobre um nomadismo Guarani.

Com o surgimento, já no século passado, do conflito armado da Tríplice Aliança (1864/1870), os Guarani se vêem forçados a outra forma de contato com o colonizador.

Seu território, onde procuram as “matas/esconderijos”, é palco de lutas entre contendores brasileiros e paraguaios. O próprio comandante supremo do exército paraguaio, Marechal Francisco Solano Lopes, morre, em 1870, em Cerro Corá, às margens do rio Aquidaban, em pleno território Kaiowá.

Após a guerra com o Paraguai, o governo brasileiro mobiliza-se no sentido de uma definição mais precisa dos limites geográficos com aquele país, criando para os Guarani uma nova realidade, que daí em diante irá condicionar as possibilidades de sua organização espacial dentro de seu próprio território, além de separar histórias, políticas e administrações específicas em um e outro país.

Já no século XX sofrem as consequências da atividade extrativista da erva mate e dos aldeamentos feitos pelo SPI, sempre na divisa entre o Brasil e o Paraguai.

VII.1.1. A legislação para proteção das terras indígenas datam pelo menos do século XVII. Os Alvarás Régios de 1608 e o de 1758 reconheceram que os índios foram “os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras”, reconhecimento este ratificado por uma lei de 6 de julho de 1755, escrito no espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 de dezembro de 1741, segundo a qual, nas “terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”, como ensina Fernando da Costa Tourinho Neto, Juiz do Tribunal Regional da 1ª Região (Os Direitos Indígenas e a Constituição, Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 9)

VII.1.2. Eram consideradas terras devolutas as conquistadas por guerras justas (aquelas autorizadas pelo rei ou pelo governador) e as que se enquadravam no disposto no art. 3º da Lei nº 601 de 1850:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

- VII.1.3. Nos valendo mais uma vez dos ensinamento de Tourinho Neto (ob. cit. p.12), *verbis*:

Se os índios eram donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680 - não revogado - as terras que não foram dadas por sesmarias nem as perdidas por força de guerra justa não poderiam ser consideradas devolutas. Achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação.

- VII.1.4. Dispõe ainda o Decreto nº 1.318 de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei nº 601, em seus artigos 72 e seguintes:

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos distritos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspectores e Agrimensores, tendo notícia da existência de tais hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu gênio e índole, do número provável de almas, que elas contêm, e da facilidade, ou dificuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Diretor-Geral das Terras Públicas, por intermédio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessária.

Art. 74. A vista de tais informações, o Diretor-

Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessárias para o aldeamento, e todas as providências para que este as obtenha.

Art. 75. As terras reservadas, para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim permitir o seu estado de civilização.

VII.1.5. Ora, diante do exposto, a alienação feita pelo Estado do Mato Grosso não poderia sequer ter sido feita, já que as terras não eram devolutas e sim indígenas. Mas, se se admitisse tamanho equívoco, neste caso, por se tratar de área na faixa de fronteira, poder-se-ia, no máximo, imaginar que fosse ela considerada terra devoluta da União – jamais do Estado do Mato Grosso.

VII.1.6. A Carta de 1891 passou para os Estados as terras devolutas, mas não os transferiu as terras situadas na faixa de fronteira. Portanto, se indígena não fosse tal porção de terra, também não poderia o estado federado aliená-las, já que se localizam na faixa de fronteira. A matéria, como se sabe é tradicional em nosso direito. Reza a Constituição de 1891:

Art. 64. Pertencem aos estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único. Os próprios nacionais, que não forem necessários para serviços da União, passarão ao domínio dos estados, em cujo território estiverem situados.

VII.1.7. Cumpre observar que desde o império a faixa de fronteira sempre esteve sob o domínio do Estado Brasileiro, alternando-se apenas a extensão de seus limites. A matéria é objeto de súmula no Supremo Tribunal Federal. Vejamos

a Súmula 477:

As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feita pelos Estados, autorizam, apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores.

VII.1.8. A hipótese, portanto, é de garantia contra a evicção.

VIII: DA EVICÇÃO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

VIII.1. O exame dos argumentos, e respectivos fundamentos, trazidos aos autos com a contestação ora analisada, revela que persiste um grave equívoco acerca das terras indígenas, dos efeitos do ato demarcatório e das vias pelas quais possam, terceiros prejudicados, buscar compensações.

VIII.2. No ensejo deste parecer, foi lembrado um sólido acúmulo de interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que reproduzem e consolidam a tradição jurídica brasileira sobre as terras dos índios. O fato de que os direitos dos índios sobre tais terras sejam originários, e por consequência disso, fiquem invalidados os títulos nelas incidentes; o fato de que, sabiamente, a Constituição de 1988 tenha afastado o requisito da imemorialidade, substituindo-o pela da tradicionalidade; o fato de que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam sejam imprescritíveis; o fato de que tais direitos são desde sempre exercitáveis, independentemente de demarcação; o fato de que a demarcação é, destarte, ato declaratório que visa a especificar os limites físicos do exercício dos direitos territoriais indígenas; e, finalmente, o fato de que a indenização constitucional restringe-se às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, não são determinações a serem execradas ou lamentadas.

VIII.3. O Brasil se constituiu historicamente às custas de um território que já foi inteiramente indígena, e isso não está em questão. No passado, entendeu-se legítimo simplesmente fazer guerra de extermínio aos índios – primeiro, as guerras desejadamente “justas”, depois, as declaradas como de conquista. Depois, entendeu-se que os índios deveriam ser rapidamente assimilados, tendo no fundo deste entendimento a perspectiva

de que, assim, ficariam livres as terras que eles ocupavam em prol dos colonos adventícios; e mais recentemente, concedeu-se que tal assimilação deveria ser, ao invés de rápida, progressiva e harmoniosa. No limiar do séc. XXI, o constituinte de 1987/88 percebeu que após séculos de políticas assimilacionistas cujo único resultado foi a degradação, era chegada a hora de abdicar delas.

VIII.4. Os direitos indígenas reconhecidos pela Carta de 1988 compõem um sistema ímpar no mundo. Seriam, contudo, apenas retórica não fossem acompanhados de sólidas disposições acerca da terra, que é, afinal, a base física para o exercício da diversidade étnica acolhida pela Constituição. Consumar a demarcação das terras indígenas em prol daquelas etnias que lograram sobreviver, é um imperativo constitucional, legal, ético e moral. E se isto não impressionasse, lembre-se que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é condição fundamental para a consolidação do perfil fundiário do País, sem o que jamais se atingirá o patamar desejado de segurança social e econômica.

VIII.5. Portanto, a disposição governamental de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no estrito atendimento de uma atribuição constitucional, deve ser acolhida e festejada. Se isto impõe eventuais ônus a quem herdou situações irregulares, nem por isso se admite relativizar a obrigação constitucional.

VIII.6. Estas pessoas, entre as quais sem dúvida se inclui o ora contestante, acostumaram-se a considerar a desídia do Estado como capaz de lhes consolidar tais situações irregulares. E a história parece lhes dar razão. Por isso, a cada vez que o Estado se movimenta para demarcar as terras indígenas, a iniciativa é rejeitada. Em defesa do que consideram ser direitos seus, terceiros não índios que almejam como suas as terras sob demarcação buscam negar que seja indígena a terra, a partir mesmo da negação de que sejam índios os beneficiários. Como se demonstrou neste parecer, não é este o caminho.

VIII.7. O Estado, porém, admite que a omissão administrativa, ao longo dos tempos, coonestou com as estratégias de ocupação indevida das terras indígenas. Ocupantes de quarta ou quinta geração, embora a rigidez da normas civis acima lembradas, devem perceber, todavia, que a oposição à demarcação não é, definitivamente, a via correta para a defesa dos seus interesses.

VIII.8. A estes, colhe-se a oportunidade deste parecer para lhes lembrar o instituto da evicção (arts. 1.107 e seguintes do Código Civil), pelo qual se poderá, o contestante, ressarcir dos prejuízos havidos com a aquisição das terras que não lhe podiam ter sido vendidas. Há, a respeito, farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo inclusive a responsabilidade de Estados Federados pela indenização integral dos prejuízos havidos em função da alienação de terras cujo domínio não lhes pertencia.

VIII.9. Além disso, diante da consagração constitucional da responsabilidade objetiva do Estado (§ 6º do art. 37 da Constituição) pelos danos que os agentes estatais, em tal condição, causam a terceiros, bastará aos prejudicados a demonstração do nexo causal entre ação e prejuízo para, em tese, fazerem jus às reparações de que se julgam merecedores. Confira-se, por exemplo, em Renan Miguel Saad (O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado: doutrina e jurisprudência. – Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 1994). Tudo isto, sem necessidade de atacar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

IX. DO PROTESTO POR PRODUÇÃO DE PROVAS

IX.1. A faculdade prevista no § 8º do art. 2º do Decreto nº 1.1175/96, como já e repetiu, **exclui a produção de provas**. A exemplo do mandado de segurança, também neste hipótese entendeu o regulamento de admitir apenas as provas pré-constituídas, que devem, todas aquelas de que disporem os contestantes, ser trazidas com as razões formuladas. Portanto, trata-se de pedido juridicamente impossível.

IX.2. Lembre-se, neste passo, que admitir produção de provas no procedimento demarcatório seria permitir que fosse remetido às calendas. A demarcação das terras indígenas é atribuição do Poder Público, e dois prazos – um legal, o do art. 65 da Lei nº 6.001/73, e o constitucional, do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – já foram violados. O descumprimento dos prazos legal e constitucional não desnatura a obrigação da União, senão que a torna ainda mais urgente. Destarte, aqui mais que de ordinário, ao editar a norma que dispôs sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, lembrou-se o Chefe do Executivo que seu poder regulamentar atrela-se à exigência constitucional de criar as

condições para a fiel execução das leis (art. 84, inc. IV, 2ª parte, da Constituição; sobre o tema, confira-se em, entre outros, Geraldo Ataliba, O decreto regulamentador no sistema brasileiro, in RDA 97/29). Não poderia pois, o decreto, sob pretexto de operacionalizar a atribuição da União Federal, sofismar mediante a adoção de um procedimento que, na prática, inviabilizaria o cumprimento daquela atribuição.

X. CONCLUSÃO

Considerando que não foi provada a fragilidade da demonstração administrativamente efetuada, referente à existência dos pressupostos constitucionais estabelecidos pelo § 1º do artigo 231 da Constituição, para que uma porção do território nacional seja reconhecida como terra indígena de ocupação tradicional Guarani;

Tendo em vista que a interessada não trouxe nenhuma prova que questionasse eficazmente os trabalhos efetivados pela equipe técnica da FUNAI e o laudo antropológico;

Lembrando que a presunção de legalidade dos atos administrativos que reconheceram como terra indígena a Área Sete Cerros permanece válida, porque não chegou a ser abalada pela contestação;

Considerando que a terra em questão, além de ser indígena, está localizada em faixa de fronteira, sendo portanto dupla afetação ao domínio federal;

O parecer **confirma** a demarcação da Terra Indígena Sete Cerros, em todos os seus termos, recomendando, contudo, que para o registro se aguarde o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 21.892-4/160.

Brasília, 07 de junho de 1996.

Otávio Uchôa Guedes Cavalcanti
Advogado. Funai. OAB/PB 4699