

09/12/2014

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. TEORI ZAVASCKI**  
**AGTE.(S)** : TALES OSCAR CASTELO BRANCO  
**ADV.(A/S)** : TIAGO BANA FRANCO E OUTRO(A/S)  
**AGDO.(A/S)** : UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AGDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
**AGDO.(A/S)** : FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de

**ARE 803462 AGR / MS**

1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao agravo regimental e conhecer do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido e ficando invertidos os ônus de sucumbência, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 9 de dezembro de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI  
Relator

09/12/2014

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>:TALES OSCAR CASTELO BRANCO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TIAGO BANA FRANCO E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>:UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>:MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>:FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

Trata-se de agravo regimental contra decisão que, em demanda em que se discute a respeito da natureza indígena de área de terras situada no Município de Aquidauana, Estado do Mato Grosso do Sul (Fazenda Santa Bárbara), conheceu de agravo para negar seguimento a recurso extraordinário aos fundamentos de que (a) a Súmula 650/STF não se aplica ao presente caso, por tratar-se de hipótese diversa; (b) “embora o marco temporal de ocupação de um determinado espaço geográfico por determinada etnia aborígine, para fins de reconhecimento de que se trata de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, seja a data da promulgação da Carta Magna (5 de outubro de 1988), o renitente esbulho por parte de não índios não é hábil a descaracterizar a tradicionalidade da posse nativa” (fl. 3086); (c) dissentir das conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada pela Súmula 279/STF.

Sustenta a parte agravante, em suma, que (a) na verdade, o entendimento da Súmula 650/STF foi firmado no julgamento do RE 219.983, caso idêntico ao presente, em que se assentou que apenas as terras atualmente ocupadas por índios pertencem à União; (b) o Tribunal

**ARE 803462 AGR / MS**

Regional Federal da 3ª Região considerou existente o renitente esbulho com base em “três súplicas formalizadas apenas por dois índios Terena, setenta anos depois de a Fazenda Santa Bárbara ser titulada, em 1914, pelo então Estado de Mato Grosso” (fl. 3100); (c) “em nenhuma dessas reclamações há menção de que os proprietários da Fazenda Santa Bárbara esbulharam a posse deles ou vice-versa” (fl. 3100); (d) “são pedidos genéricos com o fito de expandir os lindes da Aldeia Limão Verde, feitos em torno de quatro décadas depois da pretensa saída dos indígenas das terras em litígio (...)” (fl. 3100); (e) não se pretende o reexame de provas, mas apenas “que o Supremo Tribunal Federal esclareça se bastam essas três reclamações genéricas formuladas por dois índios para a expansão da Aldeia Limão Verde para caracterizar o ‘renitente esbulho’ do qual se falou no julgamento do caso Raposa Serra do Sol” (fl. 3101).

Em memoriais, alega a parte agravante que (a) para que se caracterize o “renitente esbulho”, necessário se faz que haja a espoliação persistente, que reaja às investidas da tribo desapossada; (b) sem que essa insistente contraposição se estenda até a data da promulgação da Constituição Federal, não há ofensa ao direito dos índios; (c) a ocorrência de “renitente esbulho” só foi reconhecida pela Relatora, visto que o Revisor e o Vogal com ela não concordaram; (d) a perícia oficial, em momento algum, constata a existência de “renitente esbulho”, mas apenas de um esbulho, ocorrido em 1953, sem fazer referência a qualquer revide indígena; (e) assim, ainda que os índios tenham sido impedidos de utilizar as áreas litigiosas após 1953, jamais reclamaram ou protestaram contra a situação.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental.

É o relatório.

09/12/2014

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

1. A controvérsia foi relatada pela decisão agravada nos seguintes termos:

1. Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em ação declaratória. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, em suma, que (a) “ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação” (fl. 2824); (b) “a perícia encontrou elementos materiais e imateriais que caracterizam a área como de ocupação Terena, desde período anterior ao requerimento/titulação dessas terras por particulares” (fl. 2830 - verso); (c) inaplicável a Súmula 650/STF ao caso, visto que “não consta que a área objeto desta ação seja área de extinto aldeamento indígena, ou seja, não consta tenham os indígenas deixado de ocupá-la algum dia, por vontade própria e em passado remoto, ali retornando após o decurso de tempo suficiente para justificar o título de domínio defendido pelo autor nestes autos” (fl. 2831); (d) “restando comprovado, nos autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal” (fl. 2832).

No recurso extraordinário, a parte recorrente aponta, com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, violação ao art. 231 da CF/88, pois, (a) segundo a firme jurisprudência do STF, para que seja considerada tradicional, a posse indígena deve ser verificada na data em que promulgada a Carta Magna; (b) não houve esbulho renitente por parte do recorrente, visto

**ARE 803462 AGR / MS**

que a convivência com os índios Terena foi pacífica desde 1950 até 1996, quando iniciado o processo de demarcação da Aldeia Limão Verde; (c) o Tribunal de origem concluiu pela existência de “eventual prática de esbulho” apenas com base em três reclamações genéricas elaboradas pelos índios Terena em 1982, 1984 e 1989, nenhuma das quais se referia diretamente à Fazenda Santa Bárbara.

Em contrarrazões, os recorridos postulam, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, em razão da (a) ausência de prequestionamento; (b) fundamentação deficiente; (c) ofensa constitucional reflexa; (d) não demonstração da repercussão geral da matéria; (e) necessidade de reexame probatório. No mérito, pedem o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do agravo, ao entendimento de que o provimento do recurso extraordinário demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279/STF.

2. A decisão agravada enfatizou a presença do óbice da Súmula 279/STF a impedir o conhecimento do recurso extraordinário. Todavia, as razões de agravo e, sobretudo, os aprofundados votos proferidos no julgamento, nesta Turma, em 16/9/2014, do RMS 29.087, em que ficou designado o Ministro Gilmar Mendes para redigir o acórdão, conduzem a uma conclusão diferente quanto a esse ponto. Realmente, sem necessidade de invocação de outros fatos que não os expressamente indicados no acórdão recorrido, é possível formular um juízo seguro a respeito do tema constitucional posto no recurso extraordinário. Assim, superado esse óbice e considerada a relevância da matéria, trago a questão desde logo à consideração do Colegiado.

3. Ao julgar a Pet 3.388 (Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010), o Plenário desta Corte assentou que o art. 231, § 1º, da CF/88 estabeleceu, como marco temporal para reconhecimento à demarcação

**ARE 803462 AGR / MS**

como de natureza indígena de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, a data da promulgação da Carta Constitucional, ou seja, 5 de outubro de 1988. Assim, não se incluem nesse o conceito de terras indígenas aquelas ocupadas por eles no passado e nem as que venham a ser ocupadas no futuro. Confira-se:

I – **o marco temporal da ocupação.** Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada na Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (...)

Ressalvou-se, é certo, que não descaracterizaria a tradicionalidade da posse nativa eventual situação de “esbulho renitente” cometido por não índios . Veja-se:

**ARE 803462 AGR / MS**

(...) Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. (...)

4. Ora, no caso, tanto o voto vencedor, quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa Bárbara), deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.

Argumenta, porém, o voto vencedor, que, “ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação” (fls. 2824). Esse entendimento, todavia, não se mostra compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, conforme já afirmado, é pacífica no sentido de que o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado. Nesse sentido é a própria Súmula 650/STF: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Foi também nesse sentido o recente julgado da Segunda Turma em caso análogo ao presente, acima referido, em que foi reafirmado o marco temporal fixado na Pet 3.388:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE



**ARE 803462 AGR / MS**

OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (RMS 29.087, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014)

Nesse aresto, a controvérsia foi decidida pelo Min. Gilmar Mendes nos seguintes termos:

Após precisa análise, verifico que o relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guyraroká, elaborado pela FUNAI, indica que a população Kaiowá residiu na terra reivindicada até o início da década de 1940 e que, “a partir dessa época, as pressões dos fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência de índios no local” (fl. 26).

Nos termos do laudo, que deu base à edição da Portaria

**ARE 803462 AGR / MS**

3.219, objeto da presente demanda:

“Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local.” (fl. 30).

Vê-se, pois, que o laudo da FUNAI indica que há mais de setenta anos não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça reitera que “a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão dos fazendeiros”, mas que alguns permaneceram na região “trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”. Nos termos da decisão do STJ, esse fato seria suficiente para legitimar a demarcação pretendida.

Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia.

Diferente desse entendimento, a configuração de terras “tradicionalmente ocupadas” pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: *‘os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.’*

No RE 219.983, precedente dessa Súmula, o Min. Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras

**ARE 803462 AGR / MS**

indígenas, que:

“Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional.” (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

Mesmo preceito foi seguido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 19 de março de 2009. Na Pet. 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas. Trata-se de orientações não apenas direcionados a esse caso específico, mas a todos os processos sobre mesmo tema.

Importante foi a reafirmação de marcos do processo demarcatório, a começar pelo *marco temporal da ocupação*. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas.

Deixou-se claro, portanto, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988.

(...)

Em complemento ao marco temporal, há o *marco da tradicionalidade* da ocupação. Não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com o dia e o ano da promulgação, é preciso haver um tipo “qualificadamente **tradicional** de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto

**ARE 803462 AGR / MS**

pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios.” (voto Min. Ayres Britto, Pet. 3.388).

Nota-se, com isso, que o segundo marco é complementar ao primeiro. Apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 5 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco.

A decisão impugnada pelo presente recurso ordinário chegou a mencionar a Pet 3.388 e, inclusive, transcreveu trechos relativos à definição dos marcos temporal e tradicional, nela delimitados. Realizou, contudo, equivocada interpretação da jurisprudência desta Casa.

Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século!

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial.

Esse entendimento, como se vê, infirma a orientação da corrente vencedora do acórdão recorrido, que, ante o mero fato de os índios Terena terem ocupado a Fazenda Santa Bárbara no passado, considerou legítima a demarcação daquela área como terra indígena, não obstante a inexistência de efetiva ocupação em 1988.

5. Restaria, como fundamento de legitimação de ato demarcatório, averiguar a existência do que, no julgamento da Pet 3.388, se denominou

**ARE 803462 AGR / MS**

de “esbulho renitente”. O voto vencedor do julgado atacado considerou presente a ocorrência desse esbulho nos seguintes termos:

Na hipótese, restou incontroverso que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os índios da etnia Terena não estavam na posse da área reivindicada, posteriormente demarcada e homologada pelo Decreto Presidencial.

Importa saber, portanto, se dela foram os índios desalojados em virtude de renitente esbulho praticado por não índios. Acerca desta questão, o laudo pericial explica exatamente como os silvícolas foram desalojados do local onde viviam. (fl.1100):

"Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante inicia-se um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da

**ARE 803462 AGR / MS**

Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra." (grifei).

Além disso, o MM. Juiz sentenciante constatou na inspeção judicial que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa. Confira-se o seguinte trecho da r. sentença:

"Por ocasião da inspeção que realizei na área em litígio constatei que a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas. Além da divisa natural, representada pelo paredão da Serra de Amambaí, tornando difícil o acesso entre as glebas, existem cercas em todo o perímetro da fazenda. Essas cercas remontam à época que antecedeu a passagem do agrimensor Camilo Boni (1953)." - (fls. 2417)

Diante disso, restando comprovado, nos autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, não vislumbro como afastar as conclusões do laudo oficial, considerando que nem mesmo os argumentos que foram deduzidos pelo assistente técnico do autor conseguiram desconstituir a conclusão a que chegou o perito judicial, de reconhecida idoneidade e competência. (fl. 2831/2832)

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada,

**ARE 803462 AGR / MS**

ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual. Nesse aspecto, cumpre registrar o que atestou o voto vencido do aresto impugnado:

Desde a desocupação na década de 1950, o grupo tribal Terenas não reivindica direta ou indiretamente a área. A tolerância que se sucedeu ao esbulho praticado pelos membros da sociedade nacional comprometeu o liame entre a fazenda e os usos, costumes, tradições da comunidade e originou uma situação fática que veio a ser legitimada pela Constituição Federal de 1988 (fl. 2914)

Dessa forma, sendo incontroverso que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que

**ARE 803462 AGR / MS**

pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”, a conclusão que se impõe é a de que o indispensável requisito do marco temporal da ocupação indígena, fixado por esta Corte no julgamento da Pet 3.388 não foi cumprido no presente caso.

6. Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental e conheço do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido. Ficam invertidos os ônus de sucumbência. É o voto.



09/12/2014

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL**

DEBATE

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Ou seja, então vamos manter exatamente a decisão.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - Estou me baseando no que foi decidido aqui. O detalhe aqui é a questão do esbulho renitente, tema a cujo respeito penso que a Turma não chegou a enfrentar claramente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Mas na PET 3.388 um dos argumentos era exatamente esse que foi enfrentado, parece-me que no voto do Ministro Menezes Direito, muito alentado. Quer dizer, em geral, tem-se essa alegação, que é grave mesmo, de terem se afastado forçadamente, foram forçados a sair, o que caracterizaria o esbulho.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Tanto é que, no precedente que nós firmamos na Turma, e tendo como base a situação de Mato Grosso do Sul, nós destacamos exatamente esse aspecto, se verificada a necessidade de ampliação diária, que se faça a devida desapropriação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Até porque se restabelece fazendo justiça no caso concreto, e não apenas aplicando o Direito, que é o que nós temos que fazer aqui.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - No Rio Grande do Sul, o Estado do Rio Grande do Sul desapropriou área para fazer assentamento de indígenas. Isso foi até contestado sob alegação de que o Estado não poderia.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Sim, o que é perfeitamente possível.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - O assunto foi para o STJ - e, no STJ, eu considerei legítima a desapropriação. Agora, nós temos esse tema no Plenário do Supremo.

**ARE 803462 AGR / MS**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Eu tenho um voto-vista, mas não era caso para assentamento.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não era para assentamento indígena, mas é para reforma agrária.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Não foi chamado, mas já foi pautado, até porque não é para reforma agrária, é para assentamento. E é em dinheiro e é por interesse social e não há nenhuma vedação constitucional.

Victor Nunes Leal tem um celeberrimo voto aqui, na década de 60, sobre isso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - Penso que tanto os Estados quanto a União podem, se for o caso, promover a desapropriação.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Para Vossa Excelência ter uma ideia, Presidente, quando eu trouxe - e ainda vou trazer - o meu voto, fiz citação de um voto de Victor Nunes Leal. O Ministro deu o voto na década de 60, e várias vezes se diz: aquilo demarcava uma linha dele, que pode ter levado à conclusão que acabou sendo a saída dele. Ou seja, ele dizia que Federação é essa em que Estados e Municípios não podem, tendo dinheiro, assentar e evitar um conflito quando ele são competentes, exatamente, para fazer isso? Por interesse social, hoje, está com todas as letras no inciso XXIV do art. 5º. Então, nenhuma dúvida sobre isso, a meu ver, mas sei que é contestado.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR)** - Então, estamos todos de acordo, aqui, nesse caso?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Sim!



**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

**RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI**

AGTE.(S) : TALES OSCAR CASTELO BRANCO

ADV.(A/S) : TIAGO BANA FRANCO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, deu provimento ao agravo regimental e conheceu do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido e ficando invertidos os ônus de sucumbência, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 09.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira  
Secretária