



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº**  
**2007.72.02.003793-5/SC**

**AUTOR** : **ABRAMO TEDESCO**  
: **ZENIR TEDESCO**  
: **AGRÍCOLA SÃO RAFAEL LTDA/**  
: **AGROINDUSTRIAL LAVRATTI LTDA/**  
: **AMÉLIO CELESTE FIORESE**  
: **JOANA FIORESE**  
: **ÂNGELA FACINI STEFANI**  
: **ÂNGELO JOÃO ALESSIO**  
: **NOELI ALESSIO**  
: **CARLOS DE SENNES PINTO**  
: **FABÍOLA BASTIANI DE SENNES PINTO**  
: **HEITOR SENNES PINTO SOBRINHO**  
: **DANIELA SGARBOSSA DE SENNES PINTO**  
: **CLAUDIR FAVERO**  
: **ARILDE MARIA FAVERO**  
: **LOURDES MARQUETTI SIGNOR**  
: **MARIA HELENA DA SILVA**  
: **AROLDO MARIANO DA SILVA**  
: **MÁRIO JOSÉ SIGNOR**  
: **NEUZA GOTARDO SIGNOR**  
: **MAURO CÉSAR SIGNOR**  
: **MARLENE FIDELES DOS SANTOS SIGNOR**  
: **MARISOL MÔNICA SIGNOR E SÁ**  
: **ORIVAL GOMES DA SILVA E SÁ**  
: **JOCIR MOTTA DOS SANTOS**  
: **INDÚSTRIA DE ERVA MATE CERUTTI LTDA/ ME/**  
: **JANDIR BERNARDI**  
: **TEREZA ANTÔNIA BERNARDI**  
: **JOÃO BERNARDI**  
: **MARILENI ORLANDO BERNARDI**  
: **VICTORIO FRANCISCO BERNARDI**  
: **ELIDE MARIA BERNARDI**  
: **JOSÉ TREVISAN**  
: **ALCIONE MARIA PAPINI TREVISAN**  
: **JOSÉ MOACIR FERREIRA**  
: **GENI LÚCIA FERREIRA**  
: **JAIR VAZ**  
: **CARMELINDA DA SILVA VAZ**  
**ADVOGADO** : **SERGIO DALBEN**  
**AUTOR** : **MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ**  
**ADVOGADO** : **GILBERTO GALESKI**  
**AUTOR** : **SILVIO ZENI**



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

	: <b>VILMA DE ROCO ZENI</b>	
	: <b>VOLNEI LUIZ SIGNOR</b>	
	: <b>MARIA PEREIRA DA FONSECA</b>	
	: <b>DORVALINO VIAN</b>	
	: <b>NEIVA DOMINGAS VIANI</b>	
	: <b>GILBERTO JOÃO SIGNOR</b>	
<b>ADVOGADO</b>	: <b>SERGIO DALBEN</b>	
<b>RÉU</b>	: <b>FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI</b>	
	: <b>UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO</b>	
<b>APENSO(S)</b>	: <b>2007.72.02.004228-1,</b>	<b>2007.72.02.004229-3,</b>
	<b>2007.72.02.004521-0</b>	

## **SENTENÇA**

### **I. RELATÓRIO**

Trata-se de ação pelo rito ordinário ajuizada por **ABRAMO TEDESCO E OUTROS** em face da **UNIÃO** e da **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI**, com o objetivo de anular a Portaria n. 793/2007, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou de posse permanente do povo kaingang a Terra Indígena Toldo Imbú, situada no Município de Abelardo Luz - SC, com área aproximada de 1.965 ha (mil novecentos e sessenta e cinco hectares) e perímetro também aproximado de 22 km (vinte e dois quilômetros).

Sustentam os autores serem legítimos proprietários e possuidores de imóveis abrangidos pela referida área indígena, o que comprovam por matrículas e cadeias dominiais segundo as quais os imóveis estariam abrangidos pelo domínio privado há mais de 115 (cento e quinze) anos.

Narram que no início do século passado as terras faziam parte do Município de Palmas - PR, e que naquela época o Governador do Estado do Paraná teria reservado em favor dos índios uma área de terras como forma de recompensar os serviços por eles prestados pela abertura de estradas de fios de telégrafos. Tal reserva foi feita pelo Decreto n. 07, de 18 de junho de 1902.

No entanto, alegam os autores que o mencionado Decreto ressalvou direitos de terceiros, de forma que as pessoas que já possuísem direitos sobre as mencionadas terras não seriam afetadas. E, conforme relato da inicial, os imóveis dos demandantes seriam derivados da Fazenda São Pedro, titulada em 1892, antes, portanto, da reserva de terras levada a efeito pelo Decreto n. 07/1902.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Aduz a inicial que os autores e seus antepassados há muitas décadas ocupam as terras, que foram tornadas produtivas por seu trabalho. Além de moradias, existiriam na região demarcada sedes de empresas geradoras de empregos, um Batalhão de Polícia e um cemitério construído em 1940.

Defendem os demandantes que a área jamais foi ocupada por indígenas, e que somente no ano de 2000, por força de acordo celebrado com a Prefeitura, FUNAI e Ministério Público, alguns índios oriundos de Mangueirinha - PR e Nonoai - RS vieram residir no Bairro São João Maria, em Abelardo Luz - SC, nas proximidades da área afinal demarcada.

Argumentam que o estudo antropológico realizado pela FUNAI é inconsistente e tendencioso, pois a antropóloga responsável pelo laudo esteve somente uma vez no local e utilizou informações e imagens fotográficas que não dariam respeito à área em questão. A fim de comprovar a incoerência do estudo, destacam os demandantes que a antropóloga, apesar de afirmar a importância da demarcação das terras de ocupação tradicional, deixou fora da área delimitada algumas parcelas das quais os índios teriam abdicado, para solucionar a questão.

Afirma-se ainda na inicial que, em reunião agendada em 1998 com o então Ministro da Justiça e o Presidente da FUNAI, os autores teriam acordado que dois representantes dos agricultores seriam incluídos no grupo de trabalho destinado a estudar a situação do local. Todavia, isto jamais aconteceu, o que revelaria a parcialidade dos trabalhos realizados pelo órgão indigenista.

Com base em parecer de outro antropólogo juntado à inicial, sustentam os autores que os índios kaingang seriam nômades, e, portanto, jamais teriam ocupado a área com ânimo de permanência, mas apenas utilizado as terras como área de passagem para deslocamentos até o Paraná.

Também sustentam que, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, as terras indígenas de ocupação imemorial não são protegidas pelo art. 231 da Constituição da República, conforme entendimento sumulado no verbete n. 650 da Suprema Corte. Defendem ainda que, transcorrido o prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, previsto no art. 67 do ADCT, teria decaído o direito indígena à demarcação.

Afirmam os autores que cumprem a função social da propriedade e que a pretensão demarcatória afrontaria os direitos de cerca de quarenta famílias que tornam a área produtiva, além de subtrair do Município de Abelardo Luz - um dos autores da ação - significativa parcela de seu território.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Argumentam que foram violadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do direito adquirido e do direito de propriedade, bem como que a demarcação dependeria de autorização do Conselho de Defesa Nacional, uma vez que a área encontra-se em faixa de fronteira.

Sublinham ter havido violação a diversos princípios da Administração Pública, pois a demarcação da área como terra indígena seria simples pretexto para desapropriar a área sem indenização, e que admitir como verdadeiras as premissas adotadas pelos réus significaria devolver todo o território brasileiro aos índios. Defendem que as famílias de agricultores não podem ser desalojadas da noite para o dia sem direito a ressarcimento.

Dizem os autores que há muitos anos resistem bravamente a tentativas de desapossamento de suas terras pela FUNAI, o que seria comprovado por ações possessórias ajuizadas no ano de 2005. Lembram ainda a existência de ação penal em curso destinada a apurar a morte do líder sindical Olices Stefani em razão da conduta violenta dos indígenas.

Requereram antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos da Portaria MJ n. 793/2007 até decisão final, sustentando a urgência da medida no ambiente de insegurança ocasionado pela demarcação, o que gera risco de perda das propriedades, e, por consequência, de negativa de acesso a crédito e aos meios necessários à subsistência das famílias rurais que lá vivem.

Ao final, pediram a anulação definitiva da Portaria MJ n. 793/2007 e juntaram documentos (fls. 28/835).

Determinada a regularização da representação processual de alguns autores (fl. 837), o pedido antecipatório foi deferido às fls. 858/861, sob o fundamento de que os documentos juntados demonstram a posse da área pelos autores desde o início da década de 1950, e que a demarcação, embora não determine a desocupação imediata da área, gera inquietude social e insegurança para a manutenção das propriedades e da produção agropecuária. Para o caso de descumprimento foi fixada multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Citados e intimados os réus, a FUNAI requereu suspensão da decisão liminar diretamente perante a Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (processo n. 2007.04.00.023999-4), o que foi deferido apenas parcialmente para afastar a cominação de multa (fls. 931/933).



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Paralelamente, ambos os réus interpuseram agravos de instrumento (processos ns. 2007.04.00.024954-9 e 2007.04.00.025614-1), os quais foram providos para restabelecer os efeitos da Portaria MJ n. 793/2007 (fls. 1006/1009, 1220/1224 e 1228/1238). Entendeu o Tribunal que o Poder Executivo demarcou a área em cumprimento à decisão proferida nos autos da ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3, o que não poderia ser desfeito pelo mesmo Poder Judiciário que determinou a demarcação. A Corte Regional afastou a aplicação da Súmula n. 650 do STF ao caso, sob pena de violação ao art. 231 da Constituição e ao art. 14 da Convenção n. 169 da OIT, e afirmou a validade da Portaria impugnada em razão de não ter sido demonstrado qualquer vício procedimental, bem como porque eventuais registros imobiliários sobre terras indígenas não produzem quaisquer efeitos.

O recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no processo n. 2007.04.00.024954-9 foi retido (fl. 1240). Já o recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido nos autos n. 2007.04.00.025614-1 foi inadmitido (fls. 1226/1227).

Ainda no prazo para a resposta, a União opôs exceção de suspeição do magistrado condutor do feito (processo n. 2007.72.02.004229-3, em apenso), com base no art. 135, IV, 2ª parte, do CPC. Igual procedimento adotou o Ministério Público Federal (autos n. 2007.72.02.004521-0, em apenso). Ambas as exceções foram rejeitadas pelo juiz da causa, pelo TRF-4ª Região e pelo STJ.

Também se encontra apensada aos autos exceção de incompetência oposta pela União (autos n. 2007.72.02.004228-1), sob a alegação de que a causa em exame seria conexa com a ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3, o que atrairia, por prevenção, a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Chapecó. A alegação foi refutada às fls. 123/124 dos autos em apenso, sob o fundamento de ausência de conexão e de que já foi prolatada sentença nos autos da referida ação civil pública, o que faz incidir a Súmula n. 235 do STJ.

Voltando aos autos principais, os réus ofereceram contestação conjunta às fls. 936/996. Deduziram preliminar de conexão com a ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3, razão pela qual requereram a remessa dos autos à 1ª Vara Federal de Chapecó. Ainda em sede preliminar, afirmaram a ausência de legitimidade e de interesse jurídico do Município de Abelardo Luz para ocupar o pólo ativo da lide, pois tal ente não poderia tomar partido em favor dos agricultores e contra os índios, uma vez que a proteção dos povos indígenas também é obrigação dos Municípios, sendo vedadas distinções entre brasileiros.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

No mérito, defenderam a regularidade e legitimidade da Portaria MJ n. 793/2007. Do ponto de vista formal, sustentaram que não houve qualquer violação ao devido processo legal, pois a edição da Portaria obedeceu a todos os trâmites previstos no Decreto n. 1.775/96, editado conforme o disposto no art. 19 da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio). Afirmaram a desnecessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional, cujas atribuições estão previstas no art. 91 da Constituição da República e não envolvem a análise de causas como a presente. De todo modo, alegaram a ausência de risco à segurança nacional, pois a presença de indígenas em área de fronteira reforçaria a defesa do território.

Os réus dizem ser absurda a afirmação dos autores de que nunca teria havido índios na área demarcada, uma vez que a presença dos kaingang na região pode ser fartamente comprovada no processo administrativo, na literatura histórica da região e na memória oral da comunidade indígena. Ressaltam que a própria denominação da área como "Toldo Imbú" demonstra essa presença, pois na região Sul do Brasil o termo "toldo" é usado para indicar aldeia indígena. Sublinham que houve recenseamentos no Toldo Imbú nos anos de 1929, 1938, 1939, 1942, 1944 e 1948, nos quais foi constatado que os índios ocupavam o local e tinham uma significativa produção agropecuária.

Narram que no início do século passado a região do oeste catarinense pertencia ao Estado do Paraná, e que, nesta época, o então Governador do Estado editou o Decreto n. 07/1902, reservando uma área para os indígenas, ressalvados direitos de terceiros. Tais direitos de terceiros incluiriam cinco fazendas, entre as quais a Fazenda São Pedro. No entanto, a área reservada aos índios pelo Decreto seria bem menor do que as terras efetivamente ocupadas. A partir de então, os índios teriam sido continuamente esbulhados sob a alegação de estarem violando "direitos de terceiros", o que foi reduzindo suas terras.

Sustentam os réus que a área da Fazenda São Pedro registrada antes da edição do Decreto n. 07/1902 tinha 1.300 hectares e fazia divisa ao norte com as terras do Toldo Imbú. Em 1911 a Fazenda foi vendida a Antonio Simões Cavaleiro, que, ao requerer posteriormente a legitimação da posse, aproveitou-se das circunstâncias políticas propiciadas pelo Acordo de 1916 entre os Estados de Santa Catarina e Paraná (que deu fim à Guerra do Contestado), e teve expedidos dois títulos referentes à Fazenda São Pedro: um de 1.314,7 hectares e outro de 6.000 hectares. Este último registro não teria obedecido às normas de medição judicial, precedida de citação dos confrontantes, e abrangeria as terras do Toldo Imbú. Apesar disso, os índios teriam permanecido ocupando a área.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Afirma-se na contestação haver registros de tentativas de esbulho das terras indígenas durante as décadas seguintes, até que, em 1949, o chefe do Posto Indígena Xapecó, Wismar Costa Lima, teria removido violentamente os índios a pedido de Deocleciano da Souza Nenê, Chefe Substituto da 7ª Inspetoria Regional do Serviço de Proteção ao Índio - SPI, pois o Dr. Gaspar Coutinho teria a intenção de construir uma serraria na região.

Assim, os indígenas teriam sido expulsos abruptamente da região e não teriam tido tempo sequer de levar consigo seus pertences, animais e produção agrícola, como detalhado no laudo antropológico juntado ao processo administrativo em apenso aos autos (Anexos 1 a 3).

Com a retirada dos índios, as terras teriam sido entregues às madeireiras e empresas de colonização, e os kaingang se dispersado por várias localidades, o que teria dificultado um recenseamento posterior. No entanto, um levantamento feito em 1999 teria conseguido identificar quase mil índios originários do Toldo Imbú, a maioria deles residentes na Terra Indígena Xapecó.

Defendem os réus que a posse indigenata é diversa da civil e constitui direito originário da comunidade indígena. Sustentam que as Cartas Régias de 1609 e 1611, ambas de Filipe III, reconheciam os direitos dos índios sobre as terras que ocupavam, assim como o Alvará de 1º de abril de 1680. Alegam que a Carta Régia de 1808, embora tenha declarado como devolutas as terras conquistadas dos índios a quem havia sido declarada "guerra justa", reconheceu que as terras indígenas não eram naturalmente devolutas, a não ser que houvesse ato normativo neste sentido. E como as terras indígenas estavam abrangidas por "outras concessões do Governo" (art. 3º, § 3º, da Lei n. 601/1850) em razão do Alvará de 1680 - cujas disposições foram estendidas para todo o Brasil em 1758 -, as terras dos índios não poderiam ser consideradas devolutas, e, portanto, não pertenceriam aos Estados (art. 64 da Constituição de 1891), razão pela qual os atos de disposição de tais terras pelos Estados seriam nulos.

A contestação relembra a proteção às terras indígenas prevista nas Constituições de 1934 (art. 129), 1937 (art. 154), 1946 (art. 216), 1967 (arts. 4º, IV, e 186), 1969 (art. 198) e 1988 (art. 231). Afirmam os réus que a tradicionalidade da ocupação não se refere ao tempo, mas ao modo da posse. Argumentam que a proteção constitucional às terras indígenas, expressa nos atributos de inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e nulidade de todos os atos jurídicos que as tenham por objeto, justifica-se pelo histórico de massacres, expulsões, remoção e confinamento de povos indígenas, e que o reconhecimento de direitos dos índios independe da demarcação das terras.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Alegam ser inaplicável ao caso a Súmula n. 650 do STF, pois o precedente que motivou o verbete refere-se a usucapião de imóvel urbano no Estado de São Paulo, situação totalmente diversa da ora analisada. Defendem ainda que a área em exame não constitui aldeamento extinto, e sim terra tradicionalmente ocupada por indígenas que foram expulsos, mas permaneceram reivindicando seus direitos. A desocupação da área, portanto, não decorreria da vontade dos kaingang, mas de atos ilegítimos de autoridades e particulares.

Aduzem que a aplicação da Súmula n. 650 do STF a casos diversos do precedente que a motivou viola o art. 231 da Constituição, o art. 14 da Convenção n. 169 da OIT e as orientações da Agenda 21 (ONU - Rio/1992), e que a produção agrícola mencionada pelos autores nas terras indígenas é uma confissão de ilicitude, pois o usufruto de tais terras por não-índios é ilegal.

Afirmam ainda que o Poder Judiciário não pode rever o mérito do ato administrativo que reconheceu as terras como indígenas, mas apenas sua legalidade, uma vez que se trataria de ato discricionário do Poder Executivo. Por fim, sustentam haver necessidade de que o Estado de Santa Catarina venha a integrar a lide, tendo em vista a possibilidade de que as decisões a serem proferidas nos autos afetem interesses ou impliquem responsabilização do ente estadual, em razão das previsões dos arts. 148-A e 192 da Constituição do Estado. Concluem a resposta defendendo a validade da Portaria MJ n. 793/2007.

Às fls. 1011 e seguintes, os autores informaram terem sido surpreendidos por agentes da FUNAI e de empresa terceirizada que pretendiam demarcar fisicamente a área indígena. Alegam que em audiência realizada em meados de 2009 com o Ministro da Justiça, o Governador de Santa Catarina, lideranças e demais autoridades, teria sido acertado que não seria praticado qualquer ato de medição ou demarcação até o deslinde deste feito. Lembrando o contexto de convulsão social da área e juntando boletins de ocorrência, pediram novamente a suspensão da Portaria MJ n. 793/2007 como medida antecipatória.

Ouvidos às fls. 1029 e seguintes, os réus pugnaram pelo indeferimento do pedido antecipatório, uma vez que a Portaria questionada estaria em pleno vigor em razão das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos dos agravos de instrumento ns. 2007.04.00.024954-9 e 2007.04.00.025614-1, e que a simples pendência de discussão judicial não suspenderia a eficácia do ato. Alegaram ainda que a demarcação não implicaria perda da posse e que os proprietários teriam resistido ilicitamente ao procedimento. Pediram, por fim, provimento jurisdicional para





**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

que os autores se abstenham de impedir os trabalhos de demarcação, a serem realizados com acompanhamento de força policial, sob pena de multa e condenação por litigância de má-fé. O Ministério Público Federal opinou a favor do pedido dos réus (fl. 1051).

Às fls. 1053/1055, o magistrado condutor do feito indeferiu o pedido de tutela antecipada dos autores e deferiu o pedido dos réus para concessão de reforço policial, tendo em conta a vigência da Portaria impugnada.

Os autores tornaram a se manifestar às fls. 1066 e seguintes, alegando que a demarcação estaria ocorrendo de forma indiscriminada. Além disso, no final de 2009 teria havido reunião em Brasília na qual teria sido levantada a possibilidade de acordo para permuta da área demarcada por outra que atendesse aos interesses indígenas. Por fim, uma frente parlamentar teria encaminhado proposta de emenda à Constituição para viabilizar tal permuta. Por todas essas razões, reiteraram o pedido de suspensão da Portaria MJ n. 793/2007.

Às fls. 1084 e seguintes foi juntado ofício expedido pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Abelardo Luz, por meio do qual foram encaminhadas informações prestadas pela Polícia Militar. Segundo o ofício, no dia 16/08/2010 os índios teriam ameaçado o agricultor Vanderlei Ludwig e lhe tomado uma camionete, posteriormente retomada pacificamente pelos policiais. Os índios estariam impedindo o cultivo das terras e teriam fundamentado tal ação na Portaria n. 993 da FUNAI, publicada em 15/07/2010, que institui comissão para pagamento de indenização por benfeitorias de boa-fé na área.

Os autores detalharam os acontecimentos narrados acima às fls. 1091 e seguintes, informando que os índios ameaçaram de morte agricultores que pretendessem realizar atividades de plantio. Os índios ainda teriam ameaçado incendiar máquinas agrícolas e invadir as terras dos proprietários que não aceitassem as indenizações propostas pela comissão instituída pela FUNAI. Ao final, pediram novamente a suspensão liminar da Portaria ora questionada.

À fl. 1108 foi designada audiência de conciliação a fim de prevenir novos conflitos. Na referida audiência foi acordado que a FUNAI retiraria as placas demarcatórias dos locais onde não tivesse havido o término do processo administrativo, e que os autores não resistiriam ao trabalho da equipe técnica da FUNAI relativo à conferência e oferta de indenizações (fls. 1151/1152).



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Às fls. 1156/1158 os autores arrolaram testemunhas. Na audiência instrutória, em 09/09/2010, foram colhidos depoimentos e juntados documentos. Encerrada a instrução, abriu-se prazo para memoriais (fls. 1167/1179).

As alegações finais dos autores foram oferecidas às fls. 1180 e seguintes. Os demandantes discordaram das preliminares levantadas em contestação e reafirmaram os termos da inicial. Alegaram que a não-participação de representantes dos agricultores no grupo de trabalho que deu origem à Portaria impugnada constituiu cerceamento de defesa. Observaram que as testemunhas confirmaram a inexistência de ocupação indígena na área em exame, e que as terras reservadas aos índios pelo Decreto n. 07/1902 compreendem a extensa reserva indígena Xaçupé. Os memoriais ainda trazem a alegação de que a propriedade do autor Claudir Fávero foi adquirida por usucapião, conforme declarado em sentença transitada em julgado. Além disso, sustentam os demandantes que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), reafirmou o entendimento de que o marco temporal da ocupação para fins de proteção das terras indígenas deve ser a data da promulgação da Constituição de 1988. Requereram em sede antecipatória a suspensão da Portaria MJ n. 793/2007 e da Portaria FUNAI n. 993/2010.

A União apresentou alegações finais às fls. 1265 e seguintes, nas quais basicamente reiterou os termos da contestação.

À fl. 1218, a FUNAI requereu a suspensão do feito até o julgamento definitivo das exceções de suspeição e incompetência, o que ainda não teria ocorrido, e oportuna reabertura de prazo para memoriais.

Às fls. 1245 e seguintes os autores atravessaram petição informando a invasão de terras por indígenas, e solicitaram força policial para manter a posse com os demandantes e escoltá-los até que ultimem o plantio. A mesma questão foi suscitada pelos autores nos autos da ação cautelar incidental n. 5002072-96.2010.404.7202, distribuída em regime de plantão e também sentenciada nesta data, nos respectivos autos eletrônicos.

Ouvido à fl. 1250, o Ministério Público Federal pediu a intimação da FUNAI para esclarecer sobre o trâmite do processo administrativo, bem como para informar se nas áreas invadidas há ou não benfeitorias a serem indenizadas.

Na decisão de fl. 1271 o magistrado condutor do feito oficiou à Polícia Federal e à Polícia Militar de Abelardo Luz a fim de que fossem tomadas providências para a manutenção da ordem social na região. Em resposta (fls.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

1274/1275), a Polícia Federal confirmou que os índios estão realizando plantio nas terras da autora Agroindustrial Lavratti, e que um servidor da FUNAI teria afirmado que os índios possuem este direito devido ao reconhecimento da terra como indígena. Concluiu que a situação de conflito se estabeleceu porque tanto os índios como os agricultores entendem ter a posse da área, e solicitou informar a quem pertence a posse da terra, ainda que provisória.

O Coordenador Regional da FUNAI manifestou-se às fls. 1280/1281, informando que os índios ocuparam as terras da Agroindustrial Lavratti de forma legítima e pacífica, pois não foram identificadas benfeitorias indenizáveis naquela área.

À fl. 1283 o magistrado condutor do feito julgou prejudicado o pedido de suspensão formulado pela FUNAI, uma vez que as exceções de suspeição já haviam sido julgadas, e reabriu o prazo para alegações finais. Dessa decisão a FUNAI opôs embargos de declaração (fls. 1285/1289), pois não houve manifestação sobre o pedido de suspensão devido à exceção de incompetência.

Julgada posteriormente a exceção de incompetência (fls. 123/124 dos autos n. 2007.72.02.004228-1, em apenso), o magistrado condutor do feito entendeu que os embargos de declaração da FUNAI haviam perdido o objeto (fl. 1292) e deixou de abrir prazo à Fundação para oferecimento de memoriais (fl. 1293). A decisão foi fundamentada na necessidade de rápido julgamento do feito em razão da convulsão social existente na área, bem como no fato de que já havia sido aberto prazo à FUNAI para alegações finais por duas vezes, e em ambas o órgão indigenista deixou de fazê-lo. Os pedidos de suspensão da FUNAI foram considerados meramente protelatórios, pois as exceções de suspeição já haviam sido definitivamente julgadas antes dos referidos pedidos, e a exceção de incompetência foi tida como manifestamente improcedente, pois contrária a súmula do STJ. Além disso, considerando que a União e a FUNAI manifestaram-se reiteradamente em conjunto nos autos, e que a União já havia oferecido alegações finais, não foi identificado prejuízo à FUNAI.

O MPF ofertou seu parecer final à fl. 1294 e seguintes. Primeiramente, arguiu a nulidade de todos os atos processuais praticados depois da audiência de instrução de 09/09/2010, período em que o processo encontrava-se suspenso em razão da pendência de exceção de incompetência, de modo a restituir-se a todas as partes o prazo para alegações finais, inclusive à FUNAI, que sequer foi intimada pessoalmente das decisões de fls. 1292/1293.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

No mérito, o MPF alinhou-se aos réus. Afirmou que a Constituição de 1988 não protege apenas as terras ocupadas por indígenas ao tempo de sua promulgação. Traçou um panorama histórico da legislação pertinente para concluir que a proteção das terras indígenas é especialmente uma garantia para o futuro. Invocou o princípio da razoabilidade a fim de assegurar tutela aos índios que sofreram esbulho, e defendeu que a proteção à diversidade cultural dos povos indígenas não pode depender apenas de um critério cronológico. Ressaltou que o processo de demarcação encontrava-se paralisado na FUNAI desde 1984, e que somente foi retomado por força da ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3. Sustentou a inaplicabilidade da Súmula n. 650 do STF ao caso dos autos.

Narrou o histórico da ocupação de índios na região e descreveu como as terras indígenas foram reduzidas ao longo do tempo, até a remoção violenta ocorrida em 1949. Ressaltou que ao menos desde 1975 os índios pleiteiam seu retorno às terras, e destacou que o STF, no caso Raposa Serra do Sol, ressaltou o marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição em caso de esbulho por parte de não-índios.

Sublinhou a importância da terra para a causa indígena, invocou a Convenção n. 169 da OIT e precedente do TRF da 4ª Região. Além disso, defendeu a idoneidade do laudo antropológico, que, baseado em registros históricos, concluiu pela existência de ocupação indígena e pela ocorrência de expulsão, sendo que as Constituições do Brasil já protegiam as terras dos índios desde 1934. Arrematou defendendo a validade da Portaria MJ n. 793/2007.

É o relatório. Decido.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### ***II.1. Preliminares***

#### **II.1.1. Incompetência e conexão com ação civil pública**

Embora deduzida em preliminar de contestação, a alegação de incompetência já foi rejeitada às fls. 123/124 da exceção de incompetência n. 2007.72.02.004228-1, em apenso, a cujos fundamentos me reporto.

#### **II.1.2. Ilegitimidade ativa e falta de interesse do Município de Abelardo Luz**



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Alegam os réus que o Município de Abelardo Luz não poderia tomar partido em favor dos agricultores e contra os índios. Ocorre que a área indígena demarcada encontra-se no território do Município, parte do qual passará a ser reconhecido como bem da União (CF, art. 20, XI). Isto basta para justificar o interesse processual e a legitimidade *ativa* do Município.

Saber se a pretensão municipal é lícita ou não constitui matéria de mérito, e como tal será analisada. Assim, rejeito a preliminar.

### **I.1.3. Necessidade de participação do Estado de Santa Catarina**

Os réus sustentam a necessidade de participação na lide do Estado de Santa Catarina, uma vez que as decisões proferidas nestes autos poderão afetar interesses do Estado ou mesmo determinar sua responsabilização, em razão das previsões dos arts. 148-A e 192 da Constituição do Estado.

No entanto, eventual pretensão indenizatória dos autores contra o Estado de Santa Catarina não decorreria propriamente das decisões tomadas nesta causa, mas sim da própria Portaria MJ n. 793/2007, editada pelo Executivo.

O Estado de Santa Catarina poderia, se assim desejasse, ingressar no pólo *ativo* da demanda, assim como fez o Município de Abelardo Luz, e pelas mesmas razões. Não o fazendo, não pode ser obrigado a litigar.

Assim, a participação do Estado de Santa Catarina não é indispensável ao julgamento do feito, razão pela qual indefiro o pedido dos réus.

### **I.1.4. Necessidade de suspensão do feito e nulidade dos atos processuais praticados depois da audiência de instrução**

No prazo para memoriais, a FUNAI requereu a suspensão do feito enquanto não julgadas as exceções de suspeição e incompetência (fl. 1218). Constatando o magistrado condutor do feito que as exceções de suspeição já haviam sido julgadas, reabriu o prazo para alegações finais (fl. 1283). Dessa decisão a FUNAI opôs embargos de declaração, pois não houve pronunciamento sobre a exceção de incompetência (fls. 1285/1289). O magistrado, então, julgou a exceção de incompetência, considerou prejudicados os embargos de declaração e indeferiu a reabertura de prazo para alegações finais (fls. 1292/1293).

O MPF, em seu parecer final, requereu a declaração de nulidade de todos os atos praticados depois da audiência de instrução, ocasião em que a



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

exceção de incompetência estava pendente de julgamento, bem como a reabertura de prazo para oferecimento de alegações finais para todas as partes.

No entanto, o art. 249, § 2º, do CPC prevê que "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

O feito encontra-se suficientemente instruído, não tendo sido praticado nenhum ato por juiz incompetente ou suspeito. Os autores e a União já ofereceram alegações finais (fls. 1180/1217 e 1265/1270). Embora a FUNAI não tenha juntado memoriais, a convicção deste Juízo, como se verá a seguir, firmou-se no sentido do acolhimento da tese dos réus, razão pela qual não há prejuízo que justifique a decretação da nulidade pleiteada (CPC, art. 249, § 2º).

Nem mesmo a ausência de decisão transitada em julgado quanto à exceção de incompetência impede o prosseguimento do feito, pois a jurisprudência entende ser suficiente o julgamento de primeira instância, o que já ocorreu às fls. 123/124 dos autos 2007.72.02.004228-1, em apenso. Veja-se:

*PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. - A expressão 'definitivamente julgada' contida no art. 306 do CPC deve ser entendida como uma referência ao julgamento do juiz de 1º grau de jurisdição na exceção de incompetência, porquanto o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo automático.*

(TRF4, 4ª T., AG 2009.04.00.016147-3, Rel. Juiz Sérgio Renato Tejada Garcia, j. 22/07/2009)

*PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 109, § 2, CF/88. INCABÍVEL A SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 306 DO CPC. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E DE PERICULUM IN MORA. 1. Pode a parte autora optar pelo foro em que irá ajuizar a ação, nos limites legais. A participação da ANP no feito não é motivo para alterar a competência territorial da Seção Judiciária de Porto Alegre -RS para a Seção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ ou de Brasília -. 2. Quanto ao pedido de suspensão do processo, deve ser dada ao art. 306 do CPC uma interpretação restritiva, vigorando a suspensão aludida até que a exceção seja julgada em primeiro grau de jurisdição, até a definição da exceção pelo Juiz, e não até o seu julgamento final transitado em julgado. 3. Não merece prosperar o pleito de suspensão do processo, seja pela ausência de verossimilhança e de periculum in mora, seja pela inteligência do disposto no art. 306 do CPC. 4. Agravo de instrumento improvido.*

(TRF4, 4ª T., AG 2005.04.01.039447-1, Rel. Juiz Márcio Antonio Rocha, j. 14/12/2005)



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Não havendo outras questões preliminares, passo sem mais demora a enfrentar o mérito, lamentando que premência da causa inviabilize uma pesquisa mais robusta dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, mas firme na convicção de que a fundamentação a seguir espelha fielmente a convicção deste magistrado, e de que boa parte dos conflitos na área em exame decorre da situação de indefinição sobre quem tem direito à posse das terras pretendidas, o que reclama solução urgente desta lide.

## ***II.2. Mérito***

### **II.2.1. Violação ao devido processo legal**

Os autores sustentam que o processo administrativo que culminou na edição da Portaria MJ n. 793/2007 teria desrespeitado as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Trata-se de alegação genérica, que não resiste à admissão, pelos próprios demandantes, de que tiveram todas as oportunidades de questionar e impugnar administrativamente as conclusões obtidas pelo grupo de trabalho da FUNAI, nos termos do procedimento do Decreto n. 1.775/96 (fls. 633/703).

A única suposta violação concretamente apontada pelos autores é a de que, em reunião agendada em 1998 com o então Ministro da Justiça e o Presidente da FUNAI, os demandantes teriam acordado que dois representantes dos agricultores seriam incluídos no grupo de trabalho destinado a estudar a situação do local. Todavia, isto jamais aconteceu.

Ocorre que a garantia do devido processo legal, como o próprio nome sugere, impõe que o procedimento respeite as normas pertinentes, e não há qualquer previsão que determine a participação de representantes dos agricultores no grupo de trabalho, embora seja facultada a impugnação das conclusões.

Nesse sentido, prevê o art. 2º, § 1º, do Decreto n. 1.775/98:

*Art. 2º, § 1º. O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.*

A comunidade atingida pela demarcação tem sim direito a participar do processo administrativo, mas não por meio da nomeação de



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

integrantes no grupo técnico especializado, e sim a partir da oportunidade de impugnar as conclusões alcançadas no relatório, na forma do art. 2º, § 8º, do Decreto n. 1.775/98, o que foi facultado aos autores.

Portanto, rejeito a alegação de violação às garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo.

### **II.2.2 Necessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional**

Não procede a alegação dos autores, pois, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a consulta ao Conselho de Defesa Nacional para a demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira é *faculdade, e não obrigação* do Presidente da República. Nesse sentido é o voto do Relator:

*"70. Tinha que ser assim, pois o fato é que **demarcar é assinalar os limites. Colocar os marcos físicos ou fincar as placas sinalizadoras de cada terra indígena, na perspectiva dos quatro pontos cardeais do norte/sul/leste/oeste. (...) Nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar, querendo, o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira.***  
(STF, Pleno, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/03/2009, destaques acrescentados)

Note-se, a propósito, que a Portaria MJ n. 793/2007 sequer foi submetida à homologação da Presidência da República, de modo que não há se falar em falha procedimental pela ausência do Conselho de Defesa Nacional.

Logo, deixo de acolher a alegação.

### **II.2.3. Limites do controle jurisdicional sobre o ato questionado**

Os réus afirmam que o Judiciário não poderia rever o mérito da Portaria que declarou a área em questão como sendo de ocupação tradicional indígena, pois o ato em exame estaria sujeito à discricionariedade do Executivo.

Não prospera a alegação. E para chegar a tal conclusão não é necessário ingressar no debate sobre os limites do controle jurisdicional sobre o mérito de atos administrativos discricionários, uma vez que o ato é vinculado.

Dispõe o *caput* do art. 231 da Constituição da República:





**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

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

Por seu turno, o art. 19 da Lei n. 6.001/73 assim prevê:

*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.*

A linguagem da lei é imperativa. Identificada uma área de ocupação tradicional indígena, não há qualquer espaço para juízos de conveniência e oportunidade: é dever da União promover a demarcação.

Em igual sentido, na decisão do caso Raposa Serra do Sol, o Min. Relator Carlos Ayres Britto ressaltou em seu voto a natureza vinculada do ato:

*"68. Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regradada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si."*

(STF, Pleno, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/03/2009, destaques acrescentados)

Por outro lado, demarcada uma área em que não haja ocupação tradicional indígena, há lesão aos titulares de direitos sobre as referidas terras, o que é plenamente sindicável perante o Poder Judiciário, no seu papel regular de controle da juridicidade dos atos administrativos (CF, art. 5º, XXXV).

Assim, a demarcação de uma área como sendo indígena pressupõe juízos *de fato*, baseados em estudos históricos, antropológicos, sociais etc., e não juízos de mera conveniência e oportunidade. Não havendo discricionariedade envolvida, os pressupostos de fato da Portaria impugnada são passíveis de pleno controle pelo Poder Judiciário. Portanto, rejeito a alegação dos réus.

#### **II.2.4. O direito aplicável à demarcação de terras indígenas**

A Constituição da República reservou todo um capítulo para tratar dos direitos dos índios de forma abrangente e detalhada, nos seguintes termos:



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

**CAPÍTULO VIII**  
**DOS ÍNDIOS**

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

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

*§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.*

*§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.*

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

*§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.*

*§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.*

*§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.*

*Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.*

Nota-se a preocupação do constituinte com as áreas indígenas, indiscutivelmente o elemento mais importante para a proteção e preservação destas minorias étnicas, dada a ligação existencial dos índios com suas terras.

Ao interpretar os dispositivos constitucionais acima transcritos, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o rumoroso caso atinente à reserva Raposa Serra do Sol (Pet. n. 3.388/RR), fixou importantes parâmetros jurídicos para a



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

demarcação de terras indígenas em todo o território nacional. Colhem-se da ementa do referido precedente os seguintes trechos:

**"11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. **O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. 11.3. **O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.** Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e todas posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. (...)

**12. DIREITOS 'ORIGINÁRIOS'.** Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF)."*  
(STF, Pleno, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19/03/2009, destaques acrescentados)

Portanto, segundo a interpretação da Suprema Corte, a proteção conferida pela Constituição de 1988 às terras tradicionalmente ocupadas por índios não depende de qualquer reconhecimento formal anterior e suplanta eventuais direitos adquiridos. Daí porque as considerações das partes quanto ao direito vigente na época do Império ou mesmo no início do século passado, embora úteis para a compreensão histórica dos fatos, não são determinantes para conceder ou negar proteção jurídica às terras indígenas, bastando que elas possam ser caracterizadas como de ocupação tradicional.

Para tal caracterização, o Supremo Tribunal Federal também adotou um marco temporal: a data da promulgação da Constituição, em 05/10/1988. Tal marco é reforçado pela Súmula n. 650 da mesma Corte, que nega o atributo indígena às terras de aldeamentos extintos, ainda que tenham sido ocupados por índios em passado remoto. Ao contrário do alegado pelos réus e pelo Ministério Público Federal, o entendimento sumulado aplica-se a causas como a presente, tanto que foi invocado pelo Min. Menezes Direito em seu voto no caso Raposa Serra do Sol para reforçar o marco temporal da ocupação (05/10/1988). Porém, o Plenário da Corte ressaltou que a tradicionalidade da posse não se perde quando tenha deixado de ser exercida por "*renitente esbulho de não-índios*".

Assim, para a adequada resolução da causa, é necessária uma investigação histórica sobre a posse das terras em exame, a fim de determinar se elas podem ou não ser consideradas como de ocupação indígena tradicional.

#### **II.2.5. Fatos: a história dos kaingang e do Toldo Imbú**

Os autores sustentam a tese de que as terras em discussão jamais teriam sido ocupadas pelos índios kaingang, de natureza nômade, que apenas utilizariam a área para passagem em deslocamentos até o Paraná.

Tal afirmação é desmentida pela história da região e pelas características dos referidos indígenas.

Ao contrário do alegado na inicial, os kaingang não são nômades. A propósito, há a seguinte passagem do laudo antropológico (Anexo 2, fl. 268):



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*"Durante muito tempo os Kaingang foram caracterizados como um grupo nômade, dedicado à caça, pesca e coleta de produtos vegetais espontâneos entre os quais se destaca o pinhão.*

*(...)*

*Alguns produtos, como o pinhão, a pesca e a caça de maior porte estavam condicionados às estações do ano, o que, possivelmente, tenha levado alguns autores a atribuírem um caráter predominantemente nômade aos Kaingang. Outros produtos de coleta espontânea, como frutos, tubérculos, raízes, larvas de insetos (corós) presentes na palmeira, na taquara, no pinheiro, na paineira, mel de abelha eram obtidos durante todo o ano.*

*A antropóloga Kimiye Tommasino ressalta a inadequação de classificar os Kaingang como povo nômade com base na extensão do território por eles percorrido. O nomadismo pressupõe abandono de uma terra em favor de outra, o que não ocorria entre os Kaingang espontaneamente.*

*'Tanto a configuração geográfica atual quanto as fontes históricas e linguísticas remetem à dispersão após o contato e revelam que os Kaingang foram se expandindo sem abandonar seus territórios já ocupados, com exceção daqueles que lhes foram expropriados pelos colonizadores' (Tommasino, 1998(a):7)".*

Portanto, embora tenham tendência expansionista, os kaingang não podem ser considerados nômades, pois não abandonavam suas áreas espontaneamente, nem migravam de terra em terra deixando tudo para trás.

Note-se que mesmo o parecer antropológico juntado pelos autores (fls. 758/761), ao contrário do que se afirma na inicial, não diz em momento algum que os kaingang seriam nômades. Os dados antropológicos do referido parecer apenas atestam: (a) a antiga e numerosa ocupação dos kaingang, desde São Paulo até o noroeste do Rio Grande do Sul; (b) a natureza aguerrida e expansionista dos referidos índios; (c) seu processo de escolha do líder; (d) suas atividades de caça e coleta; e (e) sua "aculturação". Fora desses dados antropológicos, o parecer juntado pelos autores é, na verdade, um arrazoado político do ilustre signatário sobre a questão indígena no Brasil, que não espelha o tratamento dado ao assunto pela Constituição de 1988.

O estudo antropológico da FUNAI, este sim rico em dados sobre fatos históricos e sociais, constata a longa ocupação da área em exame pelos índios kaingang. A certa altura, afirma-se (Anexo 2, fl. 228):

*"Os Kaingang ocupavam regiões muito dilatadas dos atuais Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, chegando a atingir as áreas limítrofes ao território argentino.*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*A imemorialidade dessa ocupação é reconhecida pelos estudos arqueológicos da região. No oeste catarinense, alguns agricultores relatam a descoberta de casas subterrâneas ao desmatarem suas terras.*

*(...)*

*Todavia, esses testemunhos materiais, que possibilitam analisar a ocupação, sofrem, frequentemente, danos irreparáveis em virtude das lavouras mecanizadas, da construção de hidrelétricas ou rodovias e da desinformação da população em geral. Muitas vezes, importantes materiais arqueológicos são destruídos por serem considerados 'coisas de bugre', ora sem importância, ora reveladores de uma ocupação anterior que se pretende ocultar.*

*A documentação escrita disponível sobre essa etnia cobre um período de mais de quatro séculos de história. As relações entre brancos e os vários grupos kaingang que viviam dispersos pela região sul são tão antigas quanto os contatos com os Guaraní, datando do primeiro século de colonização".*

Além de outras provas constantes do laudo antropológico a serem detalhadamente analisadas mais adiante, a ocupação das terras em exame pelos índios kaingang (também conhecidos como "coroados", devido ao corte de cabelo que utilizavam) também é evidenciada por documentos históricos, como o Decreto n. 07/1902, do Governador do Estado do Paraná (fl. 629, sic):

*Decreto n. 7*

*O Governador do Estado do Paraná, atendendo a que a tribu de indios coroados de que é chefe o cacique Vaicrê, em numero aproximado de duzentas almas, acha-se estabelecida na margem esquerda do rio Chapecó, no municipio de Palmas : e*

*Considerando que é necessario reservar uma area de terras para que os mesmos indios possam, com a necessaria estabilidade, dedicar-se a lavoura, á que estam afeitos :*

*Usando da autorização que lhe confere o artigo 29 da Lei n. 78 de 20 de Dezembro de 1902*

*Decreta :*

*Artigo Unico. Fica reservada para estabelecimento da tribu indigenas de coroados no mando do cacique Vaicrê, salvo direito de terceiros, uma area de terras comprehendida nos limites seguintes :*

*A partir do passo do rio Chapecó, pela estrada que segue para o sul, até o passo do rio Chapecósinho, e por estes dois rios até onde elles fazem barra.*

*Palacio do Governo do Estado do Paraná, em 18 de Junho de 1902, 14º da Republica.*

*Francisco Xavier da Silva*  
*Arthur Pedreira de Cerqueira*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Portanto, ao contrário do que os autores tentam fazer crer, é fora de dúvida que os kaingang tinham uma tribo de aproximadamente duzentos índios estabelecida à margem esquerda do rio Chapecó no início do século passado.

Segundo o laudo antropológico (Anexo 2, fl. 254), a área reservada pelo Decreto n. 07/1902 aos índios tinha aproximadamente 50.000 ha (cinquenta mil hectares), cerca de vinte e cinco vezes o tamanho da área demarcada pela Portaria MJ n. 793/2007 (1.965 ha). Apesar disso, segundo o art. 231 da Constituição de 1988 e a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a proteção constitucional das terras indígenas não decorre de qualquer lei ou título que ateste formalmente o direito dos índios (nem mesmo o Decreto n. 07/1902 do Governador do Estado do Paraná), mas sim da efetiva ocupação tradicional.

Os autores invocam a cláusula "salvo direito de terceiros", prevista no Decreto n. 07/1902, para afirmar que suas terras são derivadas da antiga Fazenda São Pedro, titulada em 1892. Assim, a reserva instituída em favor dos índios naquela época não abrangeria a área prevista na Portaria MJ n. 793/2007.

Trata-se de argumento irrelevante, tendo em vista a compreensão da Corte Suprema no sentido de que quaisquer supostos títulos ou direitos adquiridos sobre terras indígenas são "*nulos e extintos*" (art. 231, § 6º, da Constituição). Assim, ainda que a área demarcada pela Portaria MJ n. 793/2007 coincidissem com aquela registrada como "Fazenda São Pedro" em 1892, tal titulação não teria efeito se demonstrada a tradicional ocupação indígena da área.

De qualquer maneira, a análise da situação registral do imóvel revela dados interessantes que ajudam a compreender melhor a questão, conforme consta no laudo antropológico (Anexo 2, fls. 255/256):

*"A questão envolvendo as terras do Toldo Imbu teve origem com a Fazenda São Pedro que delimitava uma posse entre a margem esquerda do rio Passo das Antas e de um de seus afluentes e a margem direita do Lajeado do Marco (afluente do Passo das Antas). Essa fazenda, cortada pela estrada do telégrafo, tinha como divisa norte as terras do Toldo Imbu e a oeste as Fazendas São Francisco e Alegre do Marco, totalizando uma área de 1.300 ha. O proprietário da Fazenda São Pedro, Pedro Tolentino Carneiro Marcondes, registrou-a em 08/04/1893 e, em 1911, vendeu-a a Antonio Simões Cavalheiro. Ao requerer a legitimação de posse, o novo proprietário aproveitou-se das circunstâncias políticas propiciadas pelo Acordo de 1916 entre Santa Catarina e Paraná. Assim, em 31/08/1917, foram expedidos pelo governo paranaense dois títulos referentes à Fazenda São Pedro em favor de Antonio Simões Cavalheiro: título nº 2254 (1.314,7 ha) e título nº 2253 (6.000 ha). A expedição desse segundo título não obedeceu às normas que exigiam medição judicial,*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*citação de confrontantes e outras informações. Já o mapa que acompanhava o título indicava como limites o Rio Chapecó ao norte, as Fazendas São Francisco e Alegre do Marco a oeste, o Lajeado Caçarola e o rio Chapecó a leste e ao sul uma linha seca, configurando por esses limites uma área de 7.314 ha que abrangia a originária Fazenda São Pedro e o Toldo Imbu (Mapa 11). Esse ato de evidente desapropriação ilegal de terras reservadas por um decreto do governo do Paraná desencadeou uma série de esbulhos sobre esse e outros territórios indígenas" (destaques acrescentados).*

De fato, às fls. 630/631 dos autos principais, constam certidões de dois registros da mesma Fazenda São Pedro: um de 1.314,7 hectares (n. 2254) e outro de 6.000 hectares (n. 2253). Os mapas constantes às fls. 335 e 336 do Anexo 2 (mapas 10 e 11) mostram o avanço da Fazenda São Pedro (cuja fronteira norte era o Rio Passo das Antas), sobre o Toldo Imbú, até o Rio Chapecó.

O esbulho também pode ser comprovado pelos *consideranda* do Decreto n. 07/1902, segundo os quais havia uma aldeia de coroados estabelecida às margens do Rio Chapecó, de modo que a Fazenda São Pedro não poderia ter originalmente o mesmo Rio Chapecó como fronteira norte. No entanto, vê-se que todas as descrições constantes dos autos sobre a matrícula da Fazenda São Pedro ou sua parcela superior mostram que a fronteira norte era o Rio Chapecó (v. e.g., fls. 34, 81, 99 etc.). É sintomático, nesse sentido, que várias escrituras refiram o nome da localidade como sendo "Imbú" (v. e.g., fls. 87, 225, 247 etc.).

A propósito, existe um relatório de 15/06/1931 sobre a Fazenda São Pedro, intitulado "*Histórico da questão*", redigido por José Maria de Paula, inspetor do Serviço de Proteção ao Índio em Curitiba (Anexo 1, fls. 36/7, *sic*):

*"É de crer que adquirindo essas partes, o citado Antonio Simões Cavalheiro tendo adquirido a totalidade dos direitos existentes em virtude dos mencionados actos, sobre a fazenda 'S. Pedro'; pois em 7 de Março de 1913 requereu ao Governo do Estado do Paraná, a medição e demarcação do referido terreno denominado 'S. Pedro' no município de Palmas.*

*(...)*

*Esses limites abrangeram a alla de 79.147.000 metros ou 7.314 HA. 70 ares ou 3.022 alqueires, 3 quartas e 48 br.*

*Dentro do mesmo foram encontradas casas do requerente da medição (Antonio Simões Cavalheiro) e de diversos agregados e indios, paioes, monjolos e cereaes; tendo sido as construções avaliadas em 20 contos de réis e o terreno em 60 contos, sommando 80 contos de réis; conforme tudo consta do memorial da medição, feita pelo Juiz Commissariado de Terra do Paraná, Engenheiro Francisco Gutierrez Beltrão, que declarou nas 'observações' terem os indios coroados reclamado fosse parte do terreno para elles demarcada com o que, porem, não concordou o requerente".*





**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Este seria apenas o primeiro de uma série de esbulhos que os índios kaingang viriam a sofrer nas terras em questão.

Em 1923, o mesmo inspetor José Maria de Paula redigiu um relato intitulado *"A questão das terras dos índios do Chapecó"*. Depois de descrever várias tentativas de esbulhos e medições nas terras dos índios e pedir a instalação de um posto na região, concluiu de maneira indignada (Anexo 1, fl. 31, *sic*):

*"Do que verificou o mencionado Inspector naquela região, resulta a convicção plena que, de facto, os índios ali são perseguidos não só com consentimento mas até com a participação ostensiva da auctoridade policial; sendo evidente o intuito de faze-los abandonar, pelo temor das violências, como já quasi todos vão abandonando, não só o terreno, como ainda plantações e criação que possuem, ficando assim espoliados e roubados não só nas terras que em direito lhes pertencem como até nos fructos de seu trabalho de tantos annos, reduzidos a miseria pela ganancia de aventureiros desalmados e pela inconsciencia dum Governo que, a cumprir o seu dever, fazendo Justiça, prefere galardoar apaniguados politicos com terras arrancadas pelo terror e pela violencia aos pobres índios, cujos clamores, embora reforçados desassombradamente por esta Inspectoria, ainda não encontraram echo nessa Justiça, a cuja sombra se está praticando o mais revoltante dos esbulhos".*

Apesar de todas as violações, os índios continuaram ocupando o Toldo Imbú, do que constituem prova eloquente os recenseamentos realizados nas décadas de 20, 30 e 40, conforme documentos juntados no Anexo 1.

Mas os esbulhos não cessaram, como narra o laudo antropológico (Anexo 2, fl. 257/258):

*"Em 1934 outras medições se realizaram na região no intuito de liberar terras em poder dos índios para as firmas colonizadoras. Na tentativa de se obter a concordância dos Kaingang com o esbulho de seu território, realizava-se 'audiência' com a presença de lideranças dos toldos da região do Chapecó e os agentes locais em que se decidia a saída dos índios de suas terras e o recuo de suas aldeias. Essas negociações, completamente lesivas aos interesses dos índios, acarretavam dissensões internas entre as lideranças indígenas (...).*

*Ao longo das décadas de 40 e 50, recrudesce as investidas sobre o patrimônio dos índios, em grande parte incentivadas pelo fim da 2ª Guerra Mundial e a conseqüente valorização da madeira e expansão da atividade agrícola no sul do País.*

*As terras reservadas aos índios pelo Decreto nº 7 mais uma vez sofrem apropriações ilegítimas, desta vez atingindo diretamente o território do Toldo Imbu, na margem esquerda do rio Chapecó. Em ofício dirigido ao SPI em 20/02/1943, o capitão do Toldo Imbu, Gregorio Umbelino da Maia, denuncia as tentativas de transferência dos índios dessa localidade e as agressões e intimidações sofridas por eles".*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

No fim da década de 40 os kaingang do Toldo Imbú sofrem um decisivo golpe, quando são removidos das terras contra a sua vontade, com a concorrência do próprio Serviço de Proteção ao Índio - SPI. Isso porque, em 30/08/1948, o Sr. Deocleciano de Souza Nenê, Inspetor Substituto da 7ª Inspetoria Regional, em Curitiba, expediu ofício ao Agente do Posto Indígena Xapecó, cuja íntegra se transcreve por sua importância (Anexo 2, fl. 362, *sic*):

*"Ofício nº 185/47*

*Curitiba, 30 de Agosto de 1948*

*Do Inspetor Chefe Substituto da I.R.7.*

*Ao Snr. Agente do Posto Indígena de Xapecó*

*Xanxerê. S.C.*

*Assunto: Apresentando o Snr. Gaspar Coitinho, e determinando providências*

*Senhor Agente*

*Com assentimento do Snr. Chefe desta I.R. transmito-vos a presente, por mãos do Snr. Dr. Gaspar Coitinho, residente em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, que veio a esta Inspetoria pedir providências para o seguinte:*

*Que possuindo terras aí nesse Distrito, está mandando construir uma Serraria nas proximidades de Abelardo Luz, e segundo o mesmo informa, éssa serraria fica situada para cima da estrada que vem daí para Palmas, e que um grupo de índios foram se localizar nas proximidades dêssa construção, e estão extraindo herva-mate, e embaraçando os serviços da construção, para o que deveis ir até ali verificar e, caso afirmativo que seja índios fazer com que se retirem. Esses índios só poderão ser do toldo de Umbu, e para esses índios deste toldo, temos também combinado o seguinte:*

*Uma pessoa nossa, e uma indicada pelo Snr. Dr. Gaspar, percorreram toldo a toldo, contarão todas as casas ali existentes, e o referido Snr. se compromete fornecer madeiras para construção de igual quantidade de casas, aí nesse Posto, madeiras éssas da Serraria que o mesmo possui no lugar Pesqueira, distante aí do Passo da Balsa do rio Xapecósinho, cerca de 8 a 10 quilômetros, informação pelo mesmo prestada, para a mudança de todos os índios do mencionado toldo, para o que ficais também autorizado tomar as providencias necessárias.*

*Será acertada a vossa vinda néssa contagem, porque também já se entenderá com os índios, fazendo eles vêrem das vantagens que terão de se mudarem aí perto desse Posto, onde receberão melhor assistência, e os indiosinhos frequentarão a escola.*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*Como de costume, ésta I.R. conta com a vossa boa vontade e bons serviços, no desempenho déssa incumbencia.*

*Apresento-vos*  
*Cordiais Saudações*

*(Deocleciano de Souza Nenê)*  
*Insp. Esp. Chefe Subst. da I.R.7." (destaques acrescentados)*

Difícilmente haverá prova mais cabal do esbulho e do reconhecimento oficial da existência de uma aldeia indígena no local.

O documento refere várias vezes a palavra "toldo", que, segundo o laudo antropológico, *"é um antigo termo regional, utilizado no sul do Brasil, para designar aldeia indígena. Tem o sentido de 'tolderia' empregado nos países de língua castelhana"* (Anexo 2, fl. 245, nota 22). Mais que isso, cita especificamente o "toldo de Umbu", nome também usado para a área em exame, frequentemente chamada de "Toldo Embú, Umbú ou Imbú" (Anexo 1, fl. 167).

Além disso, o ofício da 7ª Inspeção Regional é claro quanto ao real motivo da necessidade de remoção dos índios - a construção da serraria do Dr. Gaspar Coutinho -, e não a melhor assistência aos indígenas e a seus filhos, do que eles deveriam ser convencidos, como se diz não sem certa ironia ao final.

A ação foi levada a cabo no ano seguinte, em 1949, como narra o laudo antropológico (Anexo 2, fl. 258, destaques acrescentados):

*"Esse processo foi concretizado em 1949 com a efetiva transferência dos índios do Imbu para a sede do posto e as terras entregues às madeireiras e firmas de colonização. Sob o comando do chefe do Posto Xaçecó, Wismar da Costa Lima, os Kaingang do Toldo Imbu foram retirados de suas terras tradicionais, tendo sido necessário o uso da força para que muitos se 'convencessem' da transferência. Em reunião realizada com antigos moradores do Imbu, muitos falaram das lembranças sobre esse episódio que marcou para sempre a vida desses índios.*

*'(...) Aqui tem o João Batista, esse que sofreu muito, amarraram o pé dele e os braços e botaram ele dentro do caminhão. O irmão dele, Miquelino, que era capitão, também foi obrigado. Levaram esse pessoal que tava aqui, uma parte já tinha saído antes, a pé. (...) Então o capitão foi obrigado a aceitar, queira ou não queira, vai embora. Chegou lá no Posto, chegou de noite o chefe do Posto meteu ele na cadeia 8 dias e 9 noites. Tiraram o documento dele que era a nomeação de capitão. O Wismar Costa Lima que não gostava de índios. E nós tamos lutando de*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*novo, cada ano nós tamos lutando, nós não paramos.(...)' (Vicente Fernandes, Toldo Imbu, 09/08/98)*

*'Levaram para o Jacutinga. Naquela época morava o pai dele ([Vicente]), morava um tio meu, morava eu, morava meu pai que me criou, quando trouxeram meu tio amarrado, porque ele não queria obedecer. Eu e meu pai saímos fora. Tinha muitas famílias. Nós tínhamos uma família grande, agora está pouco.' (Henrique Feliciano, Toldo Imbu, 06/08/98)".*

Além desses relatos há muitos outros, colhidos ainda no primeiro estudo antropológico da área, realizado em 1987 (Anexo 1, fls. 171 e segs.):

"DEPOIMENTO DO SR. VICENTE FERNANDES

(...)

*Nois fazia roça, criava porco solto, tinha pinhalão, fruteira... então nois criava porco solto, à vontade, era matão. Era cheio de erva e pinhal. Quando foi um dia, chega lá, tava trabalhando na erva. Chegou o chefe do Posto Vismar Costa Lima com um caminhão... daí então chegou para o cacique, mentiu para Otávio Belino. Contou para eles, tenho ordem do governo, veio ordem para levar vocês no caminhão, os índios não queriam ir. Daí foi obrigado a força, não queria... Batista veio preso porque não queria, veio amarrado, irmão do Otávio Belino, na mão e na perna.*

*Naquele dia, levou um saco de bala, o Vismar, para a piaçada. Criança gosta, a trôco de terra. Para todos. (...)*

(...)

*No Imbú tinha monjolo com pinhão para socar milho fazer biju. Socar tudo, fazer farinha, erva, canjica. Ficava na capoeirinha. Não tem mais nada lá, nem o cemitério não achemo, cavucaram tudo...*

DEPOIMENTO DO SR. RAUL JACINTO E SUA ESPOSA DONA MARIA UNIVERSINDA BORGES

(...)

*Aí quando nois saimo lá do Imbú, de repente, como a gente tá proseando aqui, eu tava tirando erva lá, lá nas Antas. Estava minha turma, eu, ela, meu tio, meu pai, o Otávio Belino, meu sobrinho já morto, o Bonifácio, tava trabalhando... De repente chegou o indivíduo, o velho Vismar e os dois filhos homens, o Vismarzinho e o Daniel. O velho Vismar que vendeu o Imbú.*

*Foi em, perto de 1940, tinha 32 para 33 anos. Tenho 72 anos. Foi em 1942 ou 1945. Daí foi arrancado nois dali. Lá nossa moradia era no Imbú, era cheiinho de índio. Lá morava o Líndio, o compadre Chico Fernandes.*

*Daí chegou os carros. O tempo tava como agora, aí ele despejou nois aqui em Bom Jesus... Então, arrancou nois dali sem nois saber, com a 'Trainha' que a gente tava. O Vismar disse que ia pagar tudo para nois. Mostrou papel assim, porque era ordem do Governo, que era para deixar aquela área, para embrulhar nois...*

(...)



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*Todo mundo tinha sua casa. O Sr. Otávio Belino tinha sua casa perto do Imbú, mas sua roça era perto do Passo das Antas. Ali tinha roça do velho Rufino, ele tinha 4 animais, cavalo, porco... deixou 11 cabeças de porco, de galinha, tinha plantação, milho, feijão, mandiocal, batatal, deixou tudo... tudo. Não truxemo nada, nada... saimo com a roupa do corpo e os forrinho que a gente tinha no acampamento. Deixaram tudo. Ali era cheio de plantas, tinha mata, plantação. Então deixemo galinha, animal, saimo com a roupa do corpo. Deixamo casa, não tiramo nada, deixamo roça de milho, foi em junho, parece que foi 09 de junho. A plantação ficou tudo. (...)*

*O velho Rufino deixou duas éguas com cria, uma porca com um leitão, mandiocal, batatal, deixaram tudo até a casa.*

*Abelha nois tinha, tinha 49 caixas de abelha, de certo ficara, para aqueles. Porco, galinha, roça, planta, milho feijão, batatal, mandiocal, deixamo tudo sem saber o que foi feito. Depois disseram que ele tinha vendido. (...)*

**DEPOIMENTO DO SR. SEBATIÃO BELINO (FILHO DO OTÁVIO BELINO)**

*"... Tinha 9 anos quando, fui expulso de lá. Me lembro até hoje, tenho 68 anos, pela idade que eu estava fui expulsado pelo chefe de posto Vismar. Tio Batista foi amarrado dentro do caminhão, amarrado pelos pé, mãos e braços. Me lembro bem, tinha 9 anos.*

*Foi de repente, os índios eram bobo. Me lembro tudo, era um piazinho, tinha 9 anos. Tinha porco, animal, caixa de abelha. Nós voltamo para pegar um cavalo que ficou. Eu e meu pai troxemo o cavalo que ficou, o resto ficou lá, era longe prá trazer. Não bateram, mais amarraram, o Batista ficou amarrado que nem porco, pelo tal do Vismar. Ele que fez tudo isto, ele tava lá. Não sei para quem ele entregou a terra, nunca mais voltei lá.*

**DEPOIMENTO DO SR. PAULINO FERNANDES**

*"... Os presos... Batista, oito dias presos...*

*(...)*

*Todo final de semana ia para iludir os índios, mas eu não queria, não queria sair. Não deu, como ele queria... Ele no sábado levou um caminhão para trazer. Deixamo a roça sem colher, arroz, feijão, ficou tudo lá, casa... instrumentos, criação, não ficou ninguém na área. Mas não sei para quem ficou a área... Veio com ordem de fora, colocou todo mundo no caminhão. Dr. Selistre (Juiz de Chapecó) '... tem que passar por mim esta venda, se não passou porque o Vismar não vendeu, as terras de lá é dos índios'... Vismar vendeu sem documento, queremos voltar...*

**DEPOIMENTO DO SR. OTÁVIO BELINO (EX CACIQUE TOLDO IMBÚ)**

*(...)*

*Vismar iludiu, queria me levar para posto, todo final de semana, chegou o caminhão, 1940... O 'Bastião' meu filho veio com 9 anos de lá. Hoje tem 59, parece 60, a transferência em 1936 para 1940. Ele (o Vismar) ia lá, falava para mim vir para cá (Pinhalzinho), eu 'imbirrava' não queria vir, não saí, ninguém queria vir. O Batista veio atado dentro do caminhão, preso, amarrado pelo pé e mão.*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Trouxe tudo no caminhão. As casas ficaram todas. Deixei parece 203 caixas de abelha na porta do Chapecó (do Rio Chapecó), deixei um paiol... deixei tudo lá. Trouxe tudo para PI Xapecó. Tive...

(...)

O Vismar apertou para poder vir cá. Fez um erro grande, o Vismar vendeu e trouxe para PI Xapecó, apertou para vir para cá. Ganhando ao invés de cuidar do índio, botou fora a área, vendeu tudo, vendeu meia légua, agora para tirar eles tem que pegar, tá.

O Vismar vendeu, pagou pelas casas, pouco mais pagou, os índios que fizeram a mudança, a pé, caminhão. Ele levou uma carta, mostrou para o índio, índio tava de acordo com a carta, pensamo que era ordem de fora quando ele apresentou, ele que fez a ordem, fez a carta, levou lá, assustou os índios, apresentou para os índios, o índio não sabe lê, pensou que era certo e veio tudo para cá. Soube que notícias, que a área era dos índios. O Dr Selistre de Campos falou que aquela terra é dos índios, que fosse para vender era para passar por ele, Juiz de Direito de Chapecó (na época). Ele que fez a marca desta área aqui...

(...)

O Cemitério é dos índios, lavraram tudo. Tiraram tudo. O nosso chefe não tinha interesse.

SR. JOÃO SANTOS (PI PALMAS)

(...)

Lembro como foi. Fui puxar erva (tinha carroça) para o Vismar, levamo daqui (Palmas). Estava puxando a erva para o Vismar, o dinheiro não sei se ia pros índios, eu ganhava por mês. Era funcionário. Daí ele disse: 'João, você amanhã vai fazer uma mudança lá no IMBÚ, dos índios', eu era empregado né.

O Ilário, tinha 2 anos, meu filho, o cacique. A mudança foi em 1940, ele nasceu em 1º/01/1946. Ele tinha 2 anos quando eu fui chamado para fazer a mudança na carroça. O Vismar que chamou porque era chefe de Posto lá de Xanxerê. Eu morava aqui, ia puxar erva, e fui fazer a mudança dos índios, ele vendeu não sei para quem. Não lembro. Que ele vendeu aquele do Pinhalzinho também. O negócio é coincidência. Daí em Bom Jesus era dos índios. Tudo era do índio até no Imbú.

(...)

O cemitério dos índios eu sei tudo, porque sempre saia os 'fandango'.

O Imbú era em Abelardo Luz, do outro lado. O limite era o Rio Chapecó, Abelardo, Chapecozinho. A área ia até no Passo das Antas, era rio Chapecó pelos dois lados.

(...)

... Puxei a mudança, uma parte dos índios vieram para cá, outra parte puxei para lá, para Xanxerê, no posto. Fiz muitas viagens, eles não queriam sair, mas tinha né, era a ordem do chefe. Fiz a mudança porque era empregado.

... Tinham milho, arroz, feijão, porco. No Imbú (hoje) é uma colonia, uma granja, e alí era tudo do índio.

(...)



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*... Dei muitas viagens, uma porção. Descarregava lá em Xanxerê... As casas de certo o chefe vendeu, os índios só ganharam as estradas. O Sr. Otávio voltou e fizeram ele voltar para o posto em Xanxerê.*

*... Lá no Posto, quase tudo é meu parente. Querem voltar, mas de que jeito? Além de virar só em granja... Bom, ele vendeu o pinhal do Imbú".*

Os depoimentos demonstram, de maneira categórica, a remoção forçada dos índios do Toldo Imbú, levada a efeito pelo Agente do Posto Indígena de Chapecó, Sr. Wismar Costa Lima, por determinação da Inspetoria de Curitiba.

Para tanto, o referido agente utilizou-se de sua posição e iludiu os kaingang, fazendo-os pensar que se tratava de uma legítima "ordem do governo". Além disso, distribuiu balas às crianças e pagou ninharias pelas casas, deixadas às pressas por índios que somente levaram "a roupa do corpo", abandonaram plantações, animais e cemitérios indígenas. Os que resistiram foram amarrados e até mesmo presos. Todos saíram contrariados.

Diante de todas essas evidências, é difícil crer nas declarações e nos depoimentos das testemunhas (fls. 1170/1179) - várias delas figuras proeminentes no Município de Abelardo Luz, sendo dois ex-Prefeitos, um tabelião, um dono de madeireira e três antigos moradores -, no sentido de que na área em discussão jamais teria havido qualquer tipo de aldeia indígena.

Ao se admitir tal versão, seria forçoso concluir que todos os documentos e evidências históricas acima não passariam de peças de ficção.

Como se vê, os kaingang foram constantemente esbulhados ao longo das décadas, mas sempre se mantiveram firmes na ocupação da área, embora não tenham sido capazes de resistir ao poder econômico e político dos colonizadores e dos próprios servidores do SPI, o que culminou com a expulsão em 1949. Porém, mesmo depois da desocupação forçada, os kaingang tomaram diversas medidas para recuperar o Toldo Imbú, como se vê a seguir.

## **II.2.6. Fatos posteriores à expulsão do Toldo Imbú**

Uma vez expulsos, boa parte dos kaingang do Toldo Imbú foi viver na Terra Indígena Xapecó, onde já havia outros índios. Porém, as regras sociais dos diversos grupos indígenas que passaram a conviver juntos eram diferentes, o que gerou conflitos, como descrito no laudo antropológico (Anexo 2, fl. 304):

*"A disciplina do grupo é amparada em normas de comportamento, com sanções previstas para as infrações e delitos que podem ser reunidos em categorias*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*como desobediência à autoridade constituída, faltas relacionadas à família e desrespeito à propriedade. A justiça é exercida pelo cacique e a repressão das faltas é proporcional à sua gravidade. As penalidades abrangem desde advertências até castigos físicos, passando por trabalhos forçados. (Becker, 1995:119-121) São comuns, ainda, costumes tradicionais como os castigos no tronco ou a cadeia. As denúncias de arbitrariedades e violências praticadas pelo cacique da aldeia Jacu (sede da T.I. Xapecó) conformam um fator decisivo para uma definição a curto prazo para a questão das terras do Toldo Imbu. Algumas famílias já se retiraram do Xapecó, indo para o bairro São João Maria 'para não conviver dentro daquela lei suja...'" (destaques acrescentados)*

Este fator, associado ao desejo sempre manifestado pelos kaingang de retornar às suas terras, deu impulso a uma série de medidas no sentido da retomada do Toldo Imbú, muito antes do advento da Constituição de 1988. Nesse sentido há outra passagem do laudo antropológico (Anexo 2, fl. 317):

*"A permanência dessa comunidade na T.I. Xapecó era vista como transitória, uma vez que, apesar de pertencer à mesma etnia, possui referenciais de parentesco, históricos e cosmológicos próprios. A vontade de retomar as terras que lhes foram expropriadas sempre persistiu. Nesse sentido, a justificativa que os agricultores de Abelardo Luz e seus representantes constantemente empregam de que não se deve demarcar a T.I. Toldo Imbu em virtude da existência de uma outra terra próxima não procede" (destaques acrescentados).*

A referida incompatibilidade é objeto de carta do sociólogo José João de Oliveira, da FUNAI, que afirma: *"alguns índios naturais do Imbu, mas aldeados atualmente no Pinhalzinho [aldeia kaingang da Área Indígena Xapecó] incompatibilizaram-se com a liderança da área indígena Xapecó, porque resistem a esses (...)"* (Anexo 1, fl. 113).

O mesmo sociólogo registra que ao menos desde a década de 1970 os kaingang reivindicam as terras do Toldo Imbú (Anexo 1, fl. 2). Existe prova material neste sentido: a "Carta dos Índios do Sul ao Presidente da FUNAI", de dezembro de 1975, na qual os signatários pedem *"Que o Estado de Santa Catarina, devolva as terras que ele ajuntou do P. I. Xapecó, especialmente a área do Toldo do Umbu"* (Anexo 2, fl. 260). No mesmo sentido há outra carta ao Presidente da FUNAI (Anexo 2, fls. 261/263).

À fl. 173 do Anexo 1, colhe-se o seguinte trecho de depoimento do Sr. Vicente Fernandes:

*"Em 1975, foi tirada foto pelo CIMI, mandou foto para FUNAI em 1975... Pediram ajuda ao CIMI para encaminhar documentos para área. Aqui no Posto tinha mapa mas não tinha decreto.*





**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Quantas vezes foi levado o pedido a FUNAI, em mãos, entregue lá na FUNAI, em 1976, o relatório do Imbú, documento da área pedindo para eles tomar providências o quanto antes e até agora nada. Agora é que está desenvolvendo mais, nós estamos trabalhando. Pedimos em 1975, 1976 até agora. O CIMI não fez nada.

A partir de comunicação interna expedida pelo referido sociólogo José João de Oliveira em 13/08/1984 (Anexo 1, fl. 02), tem início o processo administrativo FUNAI/BSB/28870.000086/85-69, para fins de "Identificação das terras ocupadas pelo grupo indígena kaingang, ocupantes do local denominado Toldo Imbú, localizado no Município de Abelardo Luz - SC, sob jurisdição da 4ª DR" (Anexo 1, fl. 01).

No dia 11/12/1984, a FUNAI levantou um total de 119 pessoas que seriam antigos moradores do Toldo Imbú (Anexo 1, fls. 115/118).

Em 03/12/1985 ocorre o I Encontro de Líderes Indígenas do Sul do Brasil, em cuja ata, enviada à FUNAI, há a seguinte passagem (Anexo 1, fl. 137):

"Embu

Ressaltaram os líderes que por volta de 1950 esse aldeamento teve sua população transferida para a área indígena Xaçecó por iniciativa do Chefe do Posto, Vismar Costa Lima, funcionário do extinto SPI, e as terras, ocupadas por colonos. Apesar disso, os Kaingang da Aldeia Pinhalzinha de Xaçecó nunca perderam a esperança de reaver aquelas terras, das quais guardam fotos e documentos. Alegaram que pretendem retomar a ocupação efetiva desse antigo 'habitat' indígena, pois nunca se habituaram à estrutura social da área indígena de Xaçecó. Registre-se que alguns funcionários da FUNAI reconhecem que os índios do Embu eram assistidos pelo ex-SPI e reconhecem a legitimidade dessas reivindicações" (destaques acrescentados)

Em resposta, no dia 28/01/1986 a antropóloga da FUNAI Diana Cléa Garcia da Motta solicita a criação de grupo de estudo para avaliar a possibilidade de reintegração dos kaingang ao Imbú (Anexo 1, fls. 143/146).

No dia 30/07/1987, a antropóloga Rosane Cossich Furtado encaminha um detalhado "Relatório de Viagem à Área Indígena Toldo Imbú" e propõe a demarcação de uma área de 2.413 hectares (Anexo 1, fls. 152 e segs.).

Entra em vigor a atual Constituição da República no dia 05/10/1988, que prevê prazo de cinco anos para a conclusão da demarcação de todas as terras indígenas pela União (art. 67 do ADCT). A propósito, diga-se que, ao contrário do que sustentam os autores, tal prazo de cinco anos foi instituído a



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

favor, e não contra os índios, de forma que a mora da União em demarcar as terras indígenas em nada prejudica o direito à demarcação.

Inexplicavelmente, o processo administrativo fica alguns anos sem tramitação, e somente em 04/06/1993 as lideranças indígenas firmam termo de anuência com a proposta de demarcação de 2.413 ha (Anexo 2, fl. 206/208).

Porém, novamente o processo sofre nova e longa paralisação, como descrito na introdução ao relatório antropológico (Anexo 2, fls. 223/224):

*"Esse estudo [de 1987] ensejou a constituição de um grupo técnico para levantamento fundiário e avaliação de benfeitorias dos ocupantes não-índios incidentes na delimitação da Área Indígena Toldo Imbu (Portaria nº 582/93 de 16/07/93). Não obstante a realização de reuniões entre os componentes do GT, agricultores, autoridades locais e demais envolvidos, o grupo foi impedido de executar os trabalhos pelos 'proprietários' atingidos, conforme informa o coordenador Ademir Migliavacca em CI nº 041/93/SPIMA de 02/08/93. Diante do impasse criado pelos produtores e seus representantes políticos, o processo de regularização das terras do Toldo Imbu ficou paralisado por cinco anos, apesar dos apelos dos Kaingang dessa área expressos em abaixo-assinados e outros documentos dirigidos à presidência da FUNAI. A 20 de julho de 1998, o presidente da FUNAI, através da Portaria nº 763, constituiu novo grupo técnico (GT) com a finalidade de identificar e delimitar a Terra Indígena Toldo Imbu. (...)"*

A Portaria FUNAI n. 763, de 20/07/1998, constitui Grupo Técnico para identificar e delimitar a Terra Indígena Toldo Imbu (Anexo 2, fl. 343).

Em novembro de 1999 foi concluído o "Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu", firmado pela antropóloga Maria Elizabeth Brêa Monteiro, que propõe a demarcação de uma área de 2.218,76 hectares (Anexo 2, fls. 219 e seguintes). Neste relatório não foi feito o levantamento fundiário *"por impedimento dos grandes produtores rurais que, atualmente, ocupam significativa parcela das referidas terras"* (fl. 306).

No dia 16/02/2000, os agricultores se reúnem e registram em ata que *"lutarão pelos seus direitos e não abrirão mão de suas legítimas terras. Caso haja desapropriação os colonos reivindicam que as terras, benfeitorias, inclusive plantas sejam indenizadas com preço atual de mercado"*. Reúnem argumentos para serem mantidos nas terras (Anexo 2, fl. 470/478).

No dia 20/03/2000, o Dr. Sérgio Dalben - advogado dos autores nesta ação - escreve ao Deputado Federal Hugo Biehl, solicitando sua



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

intervenção para que seja revista a Portaria FUNAI n. 763/98. O pedido é prontamente atendido por um ofício enviado pelo referido Deputado ao Ministro da Justiça no dia seguinte (Anexo 2, fls. 465/468).

Em 11/05/2000 os índios invadiram terras de uma Escola Agrícola e bloquearam uma estrada na área do Toldo Imbú (Anexo 2, fls. 457/458).

No dia 15/05/2000 ocorreu audiência pública na Câmara Municipal de Abelardo Luz, com representantes do Ministério Público, Polícia Militar, FUNAI, produtores, trabalhadores rurais, Prefeitura e grupo técnico referente à área indígena Toldo Imbú, na qual se acordou que a Prefeitura cederia aos índios 9 (nove) hectares de terra no Bairro São João Maria (próximo à área do Toldo Imbú), bem como construiria ou reformaria casas para nove famílias indígenas que lá vivem, durante o período de tramitação do processo de identificação das terras do Toldo Imbú, após o qual tais casas retornaram ao uso do Município.

Em 10/11/2000 é elaborado memorial descritivo de delimitação da Terra Indígena Toldo Imbú, com 1.965 hectares (Anexo 2, fls. 492/494). O resumo do relatório de 1999 e o memorial descritivo são publicados no Diário Oficial da União em janeiro de 2001.

As contestações oferecidas administrativamente pelos ora demandantes foram rejeitadas em agosto de 2001 (Anexo 3, fls. 530/544).

A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça entendeu indispensável a realização de levantamento fundiário - não realizado *"por impedimento dos grandes produtores rurais que, atualmente, ocupam significativa parcela das referidas terras"* - como condição para a expedição de Portaria pelo Ministro de Estado da pasta (Anexo 3, fls. 548/549).

Assim, a FUNAI ajuizou a ação n. 2001.72.02.003965-6 e obteve provimento jurisdicional liminar para poder realizar o levantamento fundiário sem resistência de qualquer espécie (Anexo 3, fls. 558/560). O referido relatório foi encaminhado em 25/03/2002 (Anexo 3, fls. 562/564).

Em 16/05/2002, índios pediram à FUNAI que *"seja publicado o relatório da terra indígena Toldo do Imbú pois a comunidade vem passando por serios problemas alimentícios e desempregos"* [sic] (Anexo 3, fl. 568).



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Pareceres da Procuradoria-Geral Federal e da Consultoria do Ministério da Justiça, de 20/11/2002 e 13/02/2003, consideram o processo apto a receber a chancela ministerial (Anexo 3, fls. 576/578 e 582/583).

Em março de 2003, o Juiz da 2ª Vara Federal de Chapecó, nos autos da acima referida ação n. 2001.72.02.003965-6, expede ofício ao Ministro da Justiça solicitando a especificação dos *"motivos que estão impedindo o cumprimento dos prazos estabelecidos no Decreto n. 1.775/96"*. Como resposta, o Consultor Jurídico do Ministério esclarece que o processo *"já se encontra no Gabinete do Ministro com vistas à chancela ministerial"* (Anexo 3, fls. 584/588).

Não havendo notícia de qualquer providência, em 20/02/2004 o MPF ingressou com a ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3, a fim de compelir o Ministro da Justiça a demarcar a área. Os pedidos liminar e final foram parcialmente acolhidos para obrigar o Ministro da Justiça a decidir definitivamente sobre o caso nos prazos previstos no Decreto n. 1.775/96 (fls. 18/101 da exceção de incompetência n. 2007.72.02.004228-1, em apenso).

Em 17/05/2004, o processo administrativo volta à Procuradoria-Geral Federal, anexado a um novo processo, tendo como interessada a "Secretaria de Estado da Articulação Nacional - SC". Isto porque a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça entendeu necessária nova manifestação da FUNAI quanto ao atendimento dos requisitos do art. 231 da Constituição, tendo em vista as manifestações do novo processo. A Procuradoria entendeu que tais manifestações seriam intempestivas e que a análise já teria sido encerrada, restituindo os autos à Diretoria de Assuntos Fundiários (Anexo 3, fls. 589/594).

Em 17/12/2004 os autos retornam à FUNAI para a realização de diligências determinadas pelo Ministro da Justiça (Anexo 3, fl. 598). Atendidas as diligências, e depois de novo parecer favorável da Procuradoria-Geral Federal, o Presidente da FUNAI encaminhou o processo ao Ministério da Justiça em 14/02/2005 (Anexo 3, fls. 600/608).

Determinadas novas diligências pelo Ministro da Justiça, os autos retornaram em 15/08/2005 (Anexo 3, fl. 609). Em 14/11/2005, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça dá parecer favorável à chancela ministerial (Anexo 3, fls. 612/617).

Porém, mais de um ano depois, em 10/01/2007, o Ministério da Justiça devolve o processo à FUNAI para desenvolver *"plano de contingência para pacificação da região após a decisão ministerial"* (Anexo 3, fl. 618).



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

A Coordenadora-Geral de Identificação e Delimitação da FUNAI considera que o pedido do Ministério da Justiça *"escapa às atribuições da FUNAI e mais parece uma manobra protelatória"* e que a medida adequada é a edição da Portaria Declaratória (Anexo 3, fl. 620). A Diretora de Assuntos Fundiários da Fundação se manifesta no sentido de que a articulação sugerida é mais afeta à Casa Civil da Presidência da República, embora a FUNAI pudesse contribuir *"na elaboração do plano no que diz respeito diretamente aos Kaingang do Toldo Imbu, por exemplo, discutindo cronograma de ocupação da área pelas famílias indígenas, formulando plano de gestão dessa ocupação entre outras questões"* (Anexo 3, fl. 623). Assim, o Presidente da FUNAI restitui os autos ao Ministro da Justiça propondo a edição da Portaria (Anexo 3, fl. 625).

Mais uma vez a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça dá parecer favorável à chancela ministerial (Anexo 3, fls. 627/630), o que finalmente ocorre em 19/04/2007, quando foi assinada a Portaria MJ n. 793, publicada no Diário Oficial da União de 20/04/2007 (Anexo 3, fls. 631/635).

Segundo andamento disponível na internet, vê-se que recentemente, em 26/10/2010, o TRF da 4ª Região homologou o pedido de desistência do recurso da União formulado na ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3, tendo em vista a publicação das Portarias Ministeriais pretendidas.

De toda esta narrativa, é possível concluir que, depois da expulsão de suas terras em 1949, os kaingang jamais desistiram de reocupar o Toldo Imbú, e tomaram diversas medidas neste sentido, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Para isto, utilizaram os meios que estavam ao seu alcance: (a) permaneceram vivendo na região (T. I. Xapecó), mesmo sob um regime ao qual não se adaptaram; (b) registraram por escrito suas pretensões ao menos desde 1975; (c) reivindicaram a demarcação da área junto à FUNAI, o que abriu caminho ao início do processo administrativo em 1984; e (d) reiteraram suas intenções no Encontro de Líderes Indígenas em 1985, sendo que, em 1987, a FUNAI já havia concluído estudo detalhado e proposto a demarcação da área.

Depois do advento da Constituição as medidas não cessaram: continuaram as cartas, abaixo-assinados etc., e foram tomadas até algumas medidas ilegítimas, como a invasão de terras e o bloqueio de estradas.

A propósito, observe-se que as diferenças quanto ao tamanho da área nas várias propostas de demarcação, bem como a abdicação dos índios quanto a uma parcela das terras, em nada comprometem a idoneidade dos estudos



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

antropológicos, sendo justificáveis tais divergências em vista das tentativas de se chegar a uma solução para o impasse, que causa comoção na região. Além disso, os autores não indicaram quais informações e imagens utilizadas no laudo antropológico não pertenceriam ao local em análise. A alegação é genérica, assim como a afirmação de que o estudo seria inconsistente e tendencioso, quando, na verdade, apenas contrariou os interesses dos autores de forma fundamentada.

A demora na edição da Portaria MJ n. 793/2007 não pode ser imputada aos índios, tendo em vista o trâmite extremamente burocrático do procedimento, para não mencionar os longuíssimos períodos de paralisação total do andamento do processo administrativo, o que inclusive motivou o ajuizamento da ação civil pública n. 2004.72.02.000688-3. Por outro lado, alguns agricultores criaram severos obstáculos ao procedimento, a ponto de a FUNAI ter sido obrigada a ingressar com a ação n. 2001.72.02.003965-6 para ultimar o levantamento fundiário sem resistência, o que foi deferido. Situação semelhante ocorreu nestes autos, o que motivou a decisão de fls. 1053/1055.

Por todo o exposto, considero que a Terra Indígena Toldo Imbú é objeto de *"renitente esbulho por não-índios"*, o que não afasta a tradicionalidade da ocupação, conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol (Pet. n. 3.388/RR). Embora os kaingang não exerçam sobre a área posse física, no sentido estritamente civil do termo, desde 1949, quando foram injustamente esbulhados, os índios têm posse constitucional originária sobre tais terras, pois são de ocupação tradicional, sendo o retorno a elas pleiteado desde muito antes do advento da Constituição de 1988.

Observe-se, a propósito, que não prospera a invocação da produção agrícola como justificativa para que os autores permaneçam na área, sob o manto da função social da propriedade. Isto porque a função social das terras em litígio é a proteção dos índios, que têm o seu usufruto exclusivo (CF, art. 231, § 2º).

#### **II.2.7. Verificação fática dos demais requisitos constitucionais**

Relembre-se o teor do art. 231, § 1º, da Constituição da República:

*Art. 231, § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

São, portanto, quatro os requisitos cumulativos para que uma terra possa ser considerada como de ocupação tradicional indígena: (a) ser habitada pelos índios em caráter permanente; (b) ser utilizada para suas atividades produtivas; (c) ser imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e (d) ser necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O atendimento ao primeiro requisito já foi demonstrado acima: os kaingang não são nômades e viveram no Toldo Imbú, às margens do Rio Chapecó, até 1949, quando foram expulsos, mas permaneceram continuamente lutando contra o *"renitente esbulho praticado por não-índios"*.

A utilização da área para atividades produtivas - segundo requisito acima - também foi demonstrada pelo laudo antropológico, especialmente na sua 3ª parte - Atividades Produtivas (Anexo 2, fls. 268/274), bastando para comprová-lo a transcrição da seguinte passagem (fl. 273):

*"Até serem expulsos de suas terras, no final da década de 40, mantinham uma produção agrícola e pecuária significativa. De acordo com relatório referente ao ano de 1945 (SPI, 1945), a renda gerada por essas atividades atingia o valor de Cr\$ 5.280,00, superior à de outros toldos do Chapecó como Samburá, Água Santa, Serro Doce. Fabricavam também cera, farinha de milho, com a qual faziam um pão (iamin), melado e rapadura.*

*A expulsão do Imbu significou, assim, a perda do território e o abandono do seu trabalho: 'ficou roças, ficou milho, ficou tudo lá'.*

*A destruição de ecossistemas variados que proviam o grupo dos recursos de que necessitavam, determinou uma mudança no modo de vida tradicional kaingang. O sistema de subsistência apoiado, principalmente, na caça-pesca-coleta foi sendo destituído de suas bases materiais".*

O terceiro requisito, atinente à imprescindibilidade da terra para a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios, encontra-se atendido, a teor do seguinte trecho do laudo (Anexo 2, fls. 282/283):

*"As questões ambientais estão interligadas aos aspectos sócio-econômicos. As sucessivas frentes pioneiras que atuaram nas terras kaingang levaram ao progressivo confinamento da população. Soma-se ainda a intensa exploração madeireira e os arrendamentos que consolidaram a modificação de seus referenciais, causando mudanças progressivas no modo de vida dessa população com perda de elementos tradicionais. A drástica redução das matas nativas provocou a escassez de componentes essenciais ao grupo indígena como os itens de alimentação, materiais necessários à confecção de casas, utensílios e cochos para as suas bebidas domésticas e rituais e as especiarias (remédios e tintas), levando a alterações na organização social e cosmológica kaingang. A destruição das reservas de pinheiros, de que os índios extraíam o*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*pinhão, um de seus alimentos tradicionais mais importantes, a desaparecimento da caça e da pesca e a limitação extrema de sua produção agrícola por efeito das invasões têm submetido os Kaingang a uma dieta de fome que agrava seriamente suas condições de saúde.*

*'Naquele tempo que meus pais eram mateiros, nós não sofria doença e tinha comida e fruta da natureza o inverno inteiro e o verão inteiro. Porque tem as frutas do inverno e tem as frutas do verão; hoje não tem mais disso. Então o índio não tem para onde achar um lugar suficiente. As terras de 1950 para cá que eles fizeram arrendamento, não tem mais mato, nem remédio não existe mais; hoje tem só uns capãozinho. Temos pouco remédio' (Vicente Fernandes, Toldo Imbu, 06/08/98)".*

Por fim, sobre o quarto e último requisito - o de que a terra seja necessária à reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições dos índios -, o estudo antropológico contém diversas passagens relevantes, destacando-se apenas algumas (Anexo 2, fls. 275, 278/279, 282, 297, 299, 300):

*"Convém destacar que os pinheiros assumiam uma relevância fundamental na organização sócio-econômica kaingang. Além de fornecer alimento básico, os frutos atraíam pássaros e outros animais, compondo locais ideais de ceva [modalidade de caça]. Como elemento ritual, o tronco do pinheiro era a matéria-prima para a elaboração do cocho, onde a bebida ritual do kiki era fermentada.*

*(...)*

*Os antigos moradores do toldo sentem dificuldade em situar suas localidades tradicionais uma vez que a geografia local foi extremamente modificada nos últimos 40 anos. Durante a viagem do GT à região, verificou-se que algumas áreas haviam sido recentemente destocadas, como as de Ulisses Stefani que se encontram arrendadas aos Martine. O fato mais lamentado é o completo corte do imbuzeiro, ponto de referência da comunidade indígena e que dava nome ao toldo.*

*(...)*

*Na região do oeste catarinense as áreas mais elevadas eram tradicionalmente dominadas pelos Kaingang. Sua preferência eram as extensões do planalto, onde o clima relativamente frio e o domínio da mata de araucária irrigada por numerosos cursos d'água proporcionavam recursos vegetais e animais satisfatórios. Tradicionais caçadores e coletores, os Kaingang ocupavam lugares onde o campo e a mata se aproximam, conformando um ecossistema variado que lhes permitia sua reprodução física e cultural.*

*(...)*

*Percebe-se que as plantas, os animais, os acidentes geográficos são conhecidos em si mesmos e na relação entre eles. Trata-se de um espaço físico e cosmológico na medida em que cada ambiente é habitado por seres naturais (homens, animais, plantas) e sobrenaturais (espíritos). Cada elemento - mata, rio, serra, capoeira - possui espíritos guardiães (tân). Como registra Egon Schaden a partir da análise da mitologia kaingang, há 'uma estreita ligação*





**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*entre o mito e as particularidades do ambiente geográfico' (Schaden, 1959:111).*

*O meio ambiente consiste, pois, em fator essencial à constituição do complexo modo de ser kaingang, onde a um mundo visível se associa um mundo invisível, cuja ruptura é danosa para esses índios.*

*(...)*

*É muito importante também na cultura kaingang o local onde os seus mortos estão enterrados. Por isso a relevância que a localização dos cemitérios (véntkêy) assume quando da conformação do território kaingang. Apesar de terem sido sucessivamente expulsos de seus territórios tradicionais, os Kaingang conseguem situar os antigos cemitérios, mesmo quando se encontram transformados em pastos ou roças. No Toldo Imbu havia mais de um cemitério e os Kaingang tinham a tradição de 'enterrar os umbigos' dos filhos próximo à árvore imbu que, provavelmente, deu nome ao toldo. Na década de 80, a árvore foi cortada, mas voltou a brotar. Durante viagem de campo à área do Toldo Imbu, em 1986, a antropóloga Rosane C. Furtado, da 1ª SUER, registrou ainda a presença de uma parte da antiga árvore.*

*Atualmente, o imbu não mais existe. Constituído-se num importante marco histórico para o grupo indígena e para o reconhecimento dos seus direitos ao território, os fazendeiros trataram, então, de arrancar, definitivamente, o que restava da árvore. Em agosto do ano passado, este grupo técnico, acompanhado das lideranças indígenas do Imbu, visitou a área onde se situava a árvore, não encontrando nenhum vestígio. A área, em poder de José Sennes Pinto, foi transformada em pasto.*

*(...)*

*Os Kaingang mencionam três cemitérios na área do Toldo Imbu: o primeiro na Campina, onde hoje está a granja dos Martins, o segundo próximo à estrada do telégrafo, atrás do Hospital Nossa Senhora da Aparecida e um terceiro onde foi construído o cemitério municipal.*

*Essas áreas, de inegável importância para os Kaingang, estão contempladas nos limites da área proposta para a T.I. Toldo Imbu.*

*Para os Kaingang a dimensão sócio-religiosa constitui fator importante na conformação do seu território. Território kaingang é onde eles vivem, de acordo com suas metades e seções, e conforme regras de reciprocidade e aliança. É a base sobre a qual realizam seu modo de vida segundo os padrões de parentesco, de afinidade, de uxorilocalidade e de patrilinearidade. No território kaingang habitam também os espíritos e os seres sobrenaturais. É nesse espaço que estão enterrados os seus mortos e onde vão 'enterrar seus umbigos'.*

*Portanto, território e concepção de mundo são dois elementos interligados, constituindo o modo de ser kaingang. Na cosmologia do grupo, os universos natural, social e sobrenatural interagem reciprocamente. Homens, animais e espíritos estão unidos simbolicamente nos mitos, ritos e nas ações cotidianas. Nesse sentido a expropriação sucessiva de seus territórios constitui uma grave violência na medida em que priva os índios dos recursos necessários à sua sobrevivência física, social e cosmológica" (destaques acrescentados).*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Pouco pode ser acrescentado no sentido de demonstrar o caráter absolutamente vital da demarcação do Toldo Imbú para os kaingang.

Nota-se, portanto, que a demarcação da área como indígena não constitui pretexto para desapropriar os autores sem indenização, nem significa entrega de todo o território nacional a povos indígenas, mas representa simples cumprimento da Constituição, que, ao determinar a proteção dos índios, impõe diversos parâmetros para a tarefa demarcatória e institui um marco temporal como solução prática para a questão dos esbulhos imemoriais.

Preenchidos todos os requisitos constitucionais, as terras em discussão enquadram-se como de tradicional ocupação indígena, e, como tais, devem ser demarcadas e protegidas. Resta apenas a análise de uma alegação.

#### **II.2.8. Usucapião em favor do autor Claudir Fávero**

Em suas alegações finais, os autores chamaram a atenção para o fato de que a propriedade de um dos demandantes, Sr. Claudir Fávero, foi adquirida por usucapião, o que foi declarado por sentença transitada em julgado e levada a registro (fl. 402).

Entendo que o caso em questão enquadra-se nas hipóteses excepcionais que permitem reconhecer a coisa julgada inconstitucional.

Relembre-se o teor do art. 231, § 6º, da Constituição:

*Art. 231, § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.*

Segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, os direitos indígenas sobre suas terras tradicionais são originários, "a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro", tanto que foram meramente reconhecidos, e não outorgados pela Constituição. Assim, preponderam "sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios".



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

Portanto, não importa a que título tenha sido adquirida a propriedade: segundo a Constituição, tratando-se de terra indígena, tal aquisição é nula e não produz efeito algum.

Isto também se aplica a terras indígenas "adquiridas" mediante usucapião por não-índios, mesmo com declaração por sentença definitiva, pois a ordem constitucional em vigor não toleraria tal situação aberrante, nem mesmo em nome da proteção à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ocorreria violação ao art. 231 da Lei Maior, bem como ao art. 191, parágrafo único, da Carta de 1988, pois os imóveis públicos (CF, art. 20, XI) não são sujeitos a usucapião.

Para casos absolutamente excepcionais como o presente, aplica-se a teoria da coisa julgada inconstitucional, já adotada em outros precedentes:

*"A tese da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como uma regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de se enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida à direito fundamental), bem como retirar de toda a sociedade a segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama".*

(STJ, 6ª T., REsp. 832036, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/10/2010)

*"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 47,94%. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL. ART. 741, INCISO II E PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. APLICABILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À EDIÇÃO DA MP N. 2.180-35/2001. Por reiteradas vezes, o STF proferiu decisões, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia erga omnes (art. 102, § 2º, CF), reconhecendo a inconstitucionalidade do reconhecimento do direito de servidores públicos federais ao reajuste de 47,94% (correspondente a 50% do IRSM), apurado nos meses de janeiro e fevereiro de 1994, a incidir a partir do mês de março de 1994, nos termos da Lei n. 8.676/93. Entendeu a Corte Constitucional que, embora a MP n. 434/94 (que suspendeu a eficácia do art. 1º da referida lei) não tenha sido convertida no prazo de trinta dias, a sua reedição por meio da MP n. 457/94, provimento de mesma espécie, impediu o restabelecimento dos efeitos daquele diploma legislativo. Não poderia, portanto, haver o reconhecimento de direito com base em lei com eficácia então suspensa e que, posteriormente, a partir da conversão em lei da MP n. 482/94 (Lei n. 8.880, de 27.05.1994), restou definitivamente revogada. Conquanto haja decisão judicial transitada em julgado proferida em ação de rito ordinário reconhecendo o direito de servidores ao reajuste de 47,94%, a garantia fundamental da coisa julgada, consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF, há de ser relativizada no caso dos autos, a fim de se preservar a Supremacia da Constituição. O dogma da supremacia constitucional não tolera ponderação, nem mesmo diante de ato jurisdicional*



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

*transitado em julgado, daí porque se admite que os embargos do executado possam ter eficácia desconstitutiva do título exequendo, já que a falta de jurisdicionalidade decorre da sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Deve ser reconhecida, portanto, a inexigibilidade do título judicial no caso dos autos, nos termos do art. 741, inciso II e parágrafo único, do CPC, eis que fundado em decisão cuja interpretação da lei foi tida pelo STF como incompatível com a Constituição Federal. O referido dispositivo, verdadeira hipótese de desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, é aplicável a títulos judiciais que tenham transitado em julgado após a edição da MP n. 2.180-35, de 24.08.2001, e que sejam fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Embargos infringentes desprovidos".*

(TRF4, 2ª S., EINF 2005.70.00.011075-9, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 13/11/2008)

Assim, rejeito a alegação de que o imóvel do autor Claudir Fávero esteja imune à Portaria MJ n. 793/2007 em razão da sentença de usucapião.

### **III. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, considerando que a área conhecida como Toldo Imbú, no Município de Abelardo Luz - SC, é de tradicional ocupação dos índios kaingang, resolvo o mérito da causa e **julgo improcedente o pedido** de anulação da Portaria MJ n. 793/2007, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Considerando a alta complexidade e a elevada importância da causa, e com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, arbitro os honorários de sucumbência em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos réus, a serem atualizados pelo IPCA-E a partir desta data.

**A questão emergencial acerca da posse provisória e imediata da área em discussão será decidida nos autos eletrônicos da ação cautelar incidental n. 5002072-96.2010.404.7202, também sentenciada nesta data.**

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o MPF.

Na forma do art. 1º, § 4º, da Resolução n. 49/2010 da Presidência do TRF da 4ª Região, ficam as partes intimadas de que na eventual subida do processo ao Tribunal os autos serão digitalizados e passarão a tramitar em meio



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
**Seção Judiciária de Santa Catarina**  
**2ª Vara Federal de Chapecó**

eletrônico (sistema e-Proc), sendo obrigatório o cadastramento dos advogados na forma do art. 5º da Lei nº 11.419/2006.

Chapecó, 10 de janeiro de 2011.



Documento eletrônico assinado digitalmente por **FREDERICO MONTEDONIO REGO, Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfsc.gov.br/autenticidade>, mediante o preenchimento do código verificador **3492730v8** e, se solicitado, do código CRC **78059A80**.