PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1.ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DA BAHIA
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE VITÓRIA DA CONQUISTA

Autos 1000331-40.2018.4.01.3307 – REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Autores: ALBERTO JORGE BARBOSA ROCHA e JACQUELINE JOSEFA BARBOSA ROCHA
Réus: EDIVALDO LOPES MALTA, EFRAYM NASCIMENTO LOPES MALTA, RICARDO BARBOSA, CHARLES CONNAN BATISTA FERREIRA e outros

DECISÃO

Cuida-se de ação de reintegração de posse proposta originariamente na Comarca de Encruzilhada por Alberto Jorge Barbosa Rocha e Jacqueline Josefa Barbosa Rocha em relação a Edivaldo Lopes Malta, Efraym Nascimento Lopes Malta, Ricardo Barbosa, Charles Connan Batista Ferreira e outras pessoas naturais indeterminadas, tendo como causa de pedir o pretenso esbulho, em 14 de fevereiro do corrente ano, de 1/3 do imóvel rural denominado Conjunto São Francisco, que tem área total de 881 hectares, transcrito no Registro de Imóveis, estando localizado à beira do Rio Pardo, Município de Ribeirão do Largo.

Os Demandantes sustentam que os Réus dizem compor grupo de indígenas e também trabalhadores sem-terra, sem que, em realidade, integrem qualquer etnia indígena tradicionalmente ligada ao imóvel, como declarou a Direção Estadual da Proteção da Terra. Na Justiça Estadual, sob essa alegação de desinteresse da Fundação Nacional do Índio, foi concedido provimento liminar. Posteriormente, a FUNAI, representada pela Procuradoria Federal em Salvador, interveio no feito requerendo sua admissão como assistente dos Demandados e, afirmando competência da Justiça Federal, requereu imediata revogação da liminar e declinação do processamento e julgamento, tendo sido deferidos ambos os requerimentos.

Neste Juízo, o Juiz Federal substituto reafirmou a competência da Justiça Federal e postergou o exame da liminar, reiterada aqui pelos Autores, para após intimação das partes.

O MPF se manifestou nos autos para dizer, inicialmente, que os fatos debatidos estão sendo investigados no âmbito do Inquérito Civil nº 1.14.007.000414/2018-65, instaurado para *"promover as medidas necessárias para a proteção da possível comunidade indígena, cujos representantes relataram ser ameaçados e vitimados por violência e acusações criminais forjadas como repressão à ocupação"*.

Remetidos os autos à Procuradoria Federal, voltaram sem manifestação, conforme certidão cartorial.

É o relatório. Decido.

1. Um dos aspectos até certo ponto pitorescos da evolução histórica da legislação brasileira sobre as terras indígenas é que ela nunca se mostrou infensa ao direito dos índios à sua base fundiária que, antes da colonização, não dependia de limitações topográficas ou transcrições registrais. A esse respeito, Beatriz Perrone-Moisés destaca que *"a expressão 'senhores da terra das aldeias, como o são na terra', declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/07/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611"*[1].

Como pude notar em modesto estudo sobre a questão[2], não somente esses provimentos normativos regularam o tema, uma vez que o Alvará de 1º de abril de 1680 – data que não deixa de ser jocosamente emblemática, considerando que o preceito de fato nunca teve completa tradução empírica – também estabeleceu que *"aos Índios se dessem as terras, livre de tributos"*, por serem *"primários e naturais senhores delas"*[3], disposição quase integralmente repetida pela lei pombalina de 6 de junho de 1755[4]. A seu turno, o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que *"manda executar"* a famosa Lei Imperial 601, de 1850, conhecida como a primeira lei geral de terras do Brasil, dispôs, no seu art. 75, que *"as terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto"*.

1.1. As regulações jurídicas que se seguiram, que seria ocioso aqui catalogar exaustivamente, pareceram ter sempre essa preocupação nominalmente cuidadosa, até mesmo no âmbito constitucional (art. 129, da Constituição de 1934; art. 154, da de 1937; art. 216, da de 1946; art. 186, da de 1967), sendo de destacar que a Constituição de 88 inovou pioneiramente na tentativa de dar efetividade à proteção aos povos indígenas quanto à sua organização social e à posse da terra, embora seu rigor literal tenha parecido sinalizar a princípio que ela *minus dixit quam voluit*, ou seja, *"disse menos do que queria"*, uma vez que o *caput* do art. 231, depois de assegurar *"os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"*, adita, no § 1º, que *"são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente"*, dando a impressão inicial de que a proteção só seria assegurada para os que se encontrassem em uma base fundiária.

Como deixei salientado no estudo citado, o enquadramento constitucional, se visto apenas em sua literalidade, *"é bastante restritivo, já que fecha os olhos aos fenômenos migratórios de alguns povos indígenas"*[5] e

---

[1] "Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)". In CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil.* 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 119.

[2] CASTRO JÚNIOR, João Batista de. "O regime jurídico das terras indígenas e os conflitos no âmbito judicial: a questão Pataxó na Bahia", *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, n. 11, nov/dez 2006.

[3] PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. *A escravidão no Brasil:* ensaio histórico, jurídico, social. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1976 [1867], p. 193.

[4] PERDIGÃO MALHEIRO, *op.cit.*, p. 212.

[5] *Op.cit.*, p. 38.

também ao fato de que muitos deles foram desalijados de suas terras e sofreram deliberada tentativa de desarticulação tribal através do que se conhece antropologicamente por aculturação.

De todo modo, a força normativa da Constituição abriga soluções hermenêuticas que não deixam suas disposições em estado de insuficiência empírica. Nesse caso, o *permanente* do preceito constitucional deve ser tomado como equivalente de *permansivo*[6], ou seja, aquilo *"em que um estado ou processo perdura em seus efeitos"*[7], o que significa dizer que o senso etnográfico animicamente identitário, ao permanecer vívido entre povos índios expulsos de suas terras, é o fio condutor na busca do retorno à sua base territorial.

Muitas vezes a percepção não-índia é de ceticismo quanto ao pertencimento identitário de grupos indígenas que se reaglutinam em movimentos sociais. Roberto Cardoso de Oliveira, conceituado antropólogo, focaliza bem essa situação: *"Isso significa um 'eu' socializado, de cuja inteligibilidade se pode dar conta por meio da noção de pessoidade (ou personhood, em inglês). E em sua condição de pessoa esse 'Eu social', esse ator reflexivo não apenas assegura sua autoidentidade pela consciência que tem de sua história pessoal, mas ainda reconhece-se enquanto tal diante do(s) Outro(s). (...) o Outro com quem se defronta – o 'Outro étnico' – cumpre um papel fundamental na conformação de sua consciência (étnica)"* (*Caminhos da Identidade:* ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 73).

Esse fenômeno de identidade pode sofrer naturalmente cambiantes bem captadas pela perspectiva linguística, como se vê de Ernst Cassirer: *"Se, através da transformação das condições de vida, da mudança e do progresso da cultura, veio a instaurar-se uma nova relação prática entre o homem e seu ambiente, os conceitos linguísticos tampouco guardam seu 'sentido' original. Começam agora a deslocar-se, a mover-se de um lugar para outro, na mesma medida em que os limites estabelecidos pelo atuar humano tendem a alterar-se e a diluir-se reciprocamente"*. (*Linguagem e mito.* Tradução J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, p. 58).

1.2. Não se trata de firula exegética. É que dificilmente o entendimento baseado na dicção de que *"são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente"* poderia ser efetivamente cumprido em muitas regiões onde os índios foram espingardeados pela expansão das fronteiras agropastoris e extrativistas, a exemplo do que ocorreu no Sul da Bahia, onde – pelo que se viu de todos os casos que foram bater às portas do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Cível Originária n. 312/BA – os esbulhadores se apresentaram munidos de títulos dominiais forjados

[6] CASTRO JÚNIOR, *op.cit.*, p. 39.
[7] HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

com a cumplicidade estatal através da expedição de titulação de terras para atender a interesses econômicos.

A questão do domínio registral, pelo menos na Bahia, precisa ser enfrentada muitas vezes nessa perspectiva, que tem outros dados que este magistrado pôde ir catalogando como Promotor de Justiça em áreas de conflitos na Bahia, como em parte das regiões Oeste e Sudoeste, e como Juiz Federal da 7ª Vara, em Salvador, Especializada em Questões Agrárias para todo o Estado, durante 6 anos: além dessas maquinações nascidas no interior de gabinetes governamentais, que se valiam, na Bahia, da ausência histórica de ação discriminatória – posteriormente instituída, mas sem efetividade, pela Lei 6.383/76 – para dar lugar à expedição de títulos dominiais pelo Estado, os embustes aquisitivos muitas vezes se fundavam em pelo menos duas outras estratégias corriqueiras: 1) ampliação de pequena base dominial particular através de retificação do registro cartorial com base no fundamento, portador de aparente juridicidade, de necessidade de precisão geodésica a ser garantida por instrumentos de medição mais modernos, em lugar das referências topológicas, constantes em escrituras antigas, como riachos que desapareceram, árvores que morreram etc. e medidas dimensionais fora do escopo agrário, a exemplo de *"mil réis de terras"*, *"um conto de réis de terras"*; 2) ausência de impugnação de confinantes ao serem citados, porque, a seu turno, se beneficiavam do mesmo expediente para *regularização* dos seus próprios títulos dominiais em situação similar, uma vez que, pelo procedimento de retificação de registros de imóvel, ao contrário da ação de usucapião, a União não é chamada obrigatoriamente a se manifestar. Como os legítimos ocupantes, que aí tinham cultivo e morada habitual, requisitos que lhes garantiam segurança jurídica desde o art. 5º da Lei Imperial 601, de 1850, tinham sido expulsos e dispersos, nunca aparecia qualquer oposição efetiva. Esse quadro permitiu que escrituras-filhas derivassem de escrituras-mães para dar aparente veracidade dominial à apropriação de terras, inclusive em relação às de ocupação indígena.

1.3. No caso de comunidades indígenas expulsas por esse avanço agropastoril e extrativista, acrescentava-se outro componente de falsa observação antropológica, a exemplo daquele Relatório, de 1960, feito por Benjamin Campos, Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura, sobre o problema da posse da terra no Sul da Bahia, quando deixou destacado que *"o único sobrevivente dos índios que habitavam a região é um ex-cacique pataxó já com seus dias contados, sendo os restantes, em número de 30 (trinta) pouco mais ou menos, simples mestiços (caboclos) com conhecimento para orientar-se na vida"*[8].

Essa perspectiva assimilacionista, que tem sido reiterada vezes repetidas como falso pressuposto de fato em peças jurídicas que procuram defender a posse de pretensos proprietários particulares, que nada mais são, em

[8] *Apud* MARINHO, Josaphat; RIBEIRO, Pacífico. *Invasão dos Pataxós no Sul da Bahia.* Salvador: Artes Gráfica e Indústria Ltda, 1983, p. 21.

muitos casos, que espoliadores, atuou ainda muitas vezes até como elo fraco em algumas conclusões "historiográficas", ou, nas mais adequadas palavras de Darcy Ribeiro, em pesquisa encomendada pela UNESCO, como *"historieta clássica, tão querida dos historiadores"*, segundo a qual *"os índios foram amadurecendo para civilização de forma que cada aldeia foi se convertendo em vila"*[9].

Essa observação é importante porque se, por um lado, aos índios não tem sido dado reivindicar terras de aldeamento extinto ocupadas em passado longínquo por remota ancestralidade, como já definiu o Supremo Tribunal Federal (Súmula 650), tal entendimento não se aplica aos casos em que tiveram que sair afugentados de suas terras em passado recente para não serem exterminados e, com o abrigo dado pela Constituição de 88, a elas queiram voltar. É nesse sentido que a posse deve ser tomada numa angulação de *permansividade*, ou seja, os efeitos dela persistem numa cultura indígena que sobreviveu na sua identidade etnográfica à tentativa de ser dissipada através de aculturação e assimilacionismo.

1.4. Nesse ponto, embora, em lugar do termo aqui proposto de *permansividade*, tenha utilizado o lexema *perdurabilidade*, o Pleno do STF, no julgamento da PET nº 3.388/RR, destacou, nessa mesma linha de compreensão, que *"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"*, devendo ser notado que *"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"*.

No mesmo julgamento, a Corte assentou que *"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 orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva"*, ou seja, trata-se de *"ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente"*, sendo 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 favor de não-índios"*, isto é, *"atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF)"*. Do voto do Relator lê-se ainda, quanto à interpretação do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, que *"o direito por continuidade histórica prevalece (...) até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal"* (fls. 299 do acórdão).

Nessa linha de intelecção, o Supremo Tribunal Federal passou reiteradamente a decidir que *"títulos de propriedade não são provas pacíficas de ausência da presença indígena porque historicamente concedidos*

---

[9] *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 145.

no Brasil sob outras premissas, muitas vezes antagônicas àquelas que buscam equalizar o tema aqui versado" (MS 28567/DF, rel. Min. Rosa Weber, j. 16/10/2017).

Portanto, se determinada comunidade indígena foi defenestrada e dispersada de sua base territorial e, anos depois, se reaglutina guiada pelo senso de unidade etnográfica jamais perdido, evidente que à pretensão de retorno à sua base fundiária tradicional não pode ser anteposta a exigência de posse direta na mesma coisa da qual ela foi esbulhada!

1.5. No caso da Bahia, isso ficou mais claro sobretudo depois do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pondo-se o Pleno do mesmo STF a direcionar sua atenção ao julgamento da citada ACO n. 312/BA (DJe de 21.3.2013), relativa às terras do Sul deste Estado. Na oportunidade, destacou a *"ausência de dúvidas quanto à presença de índios na área em litígio desde o período anterior ao advento da carta de 1967 em face dos registros históricos que remontam a meados do século XVII"*.

Em razão disso, assentou que *"o reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional"*, sendo que *"a baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas"*, tendo em vista que *"a remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse"*.

1.6. A compreensão do tema impõe-se ser feita, portanto, nessa perspectiva estritamente constitucional, pois, nunca é demais lembrar, a posse indígena não se subordina ao estalão conceitual do Direito Civil, inclusive porque, entre os bens da União, a Constituição cataloga *"as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"* (art. 20, XI), o que se complementa pela dicção de que *"os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião"* (art. 183, § 3º), garantia assegurada também sob a Carta anterior (Súmula 480, STF).

Não é senão por isso que a Constituição estatui que *"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"* (art. 231, § 6º). (O Estatuto do Índio, Lei ordinária 6.001/73, dispõe inclusive, no art. 62, 1º, que *"aplica-se o disposto neste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular"*.)

Essa disposição é necessária porque o Texto Constitucional reconhece a atribuição dos Registros Públicos (arts. 22, inc. XXV, e 236), afetando inclusive sua fiscalização máxima ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, III). Mesmo assim, a presunção que nasce da transcrição no registro

imobiliário é relativa (STF, ARE 1007234, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 10/11/2016), ou seja, ela cede ante uma evidência dominial contraposta, sobretudo quando ordenada imperiosamente pela mesma Constituição.

É bem verdade que, disse o STF nessa mesma oportunidade, compete à União *"provar seu interesse no feito não com alegações genéricas, mas com provas aptas a desconstituir tal presunção legal"*. No caso examinado pela Suprema Corte, ao interesse um tanto vago da União contrapunham-se *"cadeias dominiais reconhecidas em documentos públicos atestados por oficiais de registro de imóveis"*. No caso dos autos, porém, a situação é inversa. Embora a princípio tenha havido uma tal declaração da Diretora da Proteção Territorial da Fundação Nacional do Índio, sem qualquer senso de precisão topográfica, como se terminou verificando, em que afirma que a área em litígio não se encontra dentro dos domínios demarcados, posteriormente a FUNAI, por sua Coordenação Regional do Sul da Bahia, informou, a partir do relato indígena, que *"a área ocupada possui plantações, casas, escola e atendimento médico oferecido pelo município de Ribeirão do Largo, além de antigos cemitérios, casas do SPI* [Serviço de Proteção ao Índio] *e urnas funerárias."*

A essa fisionomia favorável à posse da Comunidade Indígena do Cachimbó, os Autores opõem um título aquisitivo consistente de escritura pública registrada, lavrada no ano de 1999. De sua leitura se nota que ambos são donatários do próprio genitor, sem que conste uma longa cadeia sucessória que possa permitir pelo menos a aferição da aparente idoneidade dominial que afaste a sobreposição em terras de posse indígena. É bem verdade que a nulidade deve ser buscada em ação declaratória a ser proposta pela FUNAI, mas por ora serve para reforçar que a inicial é um trançado de inconsistências que, longe de permitir um juízo favorável à proteção possessória pedida, mais deixa nítido que é a comunidade indígena que está a merecê-la de forma expressa, pois há informação de intimidação por homens armados. Conquanto um provimento jurisdicional dessa natureza seja possível diante do caráter dúplice das possessórias, a iniciativa depende de pedido da Procuradoria Federal, como se verá no tópico seguinte.

Em arremate do mérito da questão neste juízo de cognição sumária: a menos que os Autores se encarreguem, no desdobramento instrutório, de desconstituir essa feição factual que favorece os Réus, não há juridicidade no pedido de reintegração.

2. Inicialmente faz-se necessário salientar que a Procuradoria Federal, por sua representação em Salvador, interveio representando a FUNAI nos autos da ação quando tramitava na Justiça Estadual e requereu tanto o deslocamento da competência para a Justiça Federal quanto sua intervenção como assistente dos Réus. Contudo, estando aqui os autos, a Procuradoria Federal em Vitória da Conquista, devidamente intimada, não se

manifestou, nem mesmo quanto ao pedido da liminar reiterado pelos Autores depois que a Justiça Estadual a revogou.

Essa questão não é destituída de significado jurídico. O acolhimento, pela Justiça Federal, do interesse jurídico, manifestado pela Procuradoria Federal em Salvador, por óbvio assenta a fisionomia processual de que a PGF seguirá atuando no feito através de sua representação em Vitória da Conquista, sob pena inclusive de ser considerada inclusive litigante de má fé (art. 80, V e VI, do CPC).

A omissão da PGF talvez radique em certa confusão sobre o assunto que medrou a respeito da defesa de direitos indígenas. Recentemente, alguns julgados, como o do conservador TRF4, puseram em destaque a compreensão de ter havido mudança da qualidade do regime de assistência aos índios, que deixaria de ser de tutela para ser de proteção, o que ensejaria, como consequência, falta de legitimidade passiva para que a FUNAI responda por indenização material decorrente de ato reputado ilícito da parte de índios, tendo em vista a capacidade civil que lhes foi reconhecida pelo art. 232, da Constituição.

Todavia, dizer tal Corte que *"não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6°, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7° do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em 'isolados', 'em vias de integração' e 'integrados', prevista no artigo 4° do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição"* (TRF4, AC 2001.72.01.004308-0, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 24/11/2008), não tem o alcance de desonerar a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI de sua responsabilidade processual quando estão em causa questões identitárias e fundiárias, além do modo de reprodução social relativos a uma comunidade indígena.

Essas duas coisas não se confundem, sem falar que até o art. 10 do Estatuto do Índio continua sendo considerado com eficácia, conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça (REsp 792256 / MA, rel. Min. Gilson Dipp, 10/05/2007), reafirmando mais recentemente que *"hoje, a designação de índios integrados, ou em vias de integração ou isolados constitui, quando muito, metodologia interna da Funai para definição de suas políticas públicas"*, o que implica dizer que *"tecnicamente, não se fala mais em índio dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente índio ou não índio"* (RMS 30675 / AM, rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/11/2011), valendo notar que essa orientação se deu em processo penal em que um índio especificamente estava sendo acusado de ilícito e o Judiciário de duas instâncias da Justiça Estadual negara requerimento da FUNAI para intervir.

Se é assim para uma ação penal individualmente proposta contra um índio, com muito mais razão quando se trata de questões que afetem toda uma coletividade indígena. Vale notar que a Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, com redação introduzida pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto

de 2001, estabeleceu que a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI permanece com a atribuição para a defesa judicial dos interesses individuais e coletivos dos índios (art. 11-B, § 6º): *"§6º A Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União".*

Coerente com essa perspectiva legal, o Advogado Geral da União editou a Portaria 839, de 18 de junho de 2010, que dispõe sobre a atuação da Procuradoria Geral Federal no que respeita à defesa dos direitos indígenas, tornando-a obrigatória quando se tratar da própria cosmovisão indígena quanto às suas tradições, organização social e base fundiária, algo que está bem explícito no presente caso, em que o líder indígena, Cacique Capilé, subscreveu uma declaração formal, datada de 14 de fevereiro de 2018, que consta dos autos, em que requer proteção ao *ethos* de seu povo: *"Reafirmamos que para nós a natureza é sagrada, é o local de morada dos nossos encantos. Feri-la é comprometer as nossas próprias vidas e de todos os seres viventes. Enquanto tivermos água, terra e mata nós existiremos e bem viveremos. Para isso, temos que vivenciar práticas que garantam a terra livre, as águas vivas e as matas protegidas. A religiosidade é nossa fonte de força e sabedoria".*

Nesse panorama, a PGF tem que cumprir sua missão institucional, ainda mais que existe regulação normativa interna bastante clara, tal como a aludida Portaria 839, que dispõe:

> *Art. 1º A Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio - PFE/FUNAI atuarão, obrigatoriamente, na orientação jurídica e na defesa judicial de todos os direitos e interesses coletivos indígenas, entre os quais:*
> *I - patrimônio cultural e religioso, costumes, línguas, crenças e tradições;*
> *II - questões fundiárias;*
> *III - meio ambiente;*
> *IV - educação;*
> *V - saúde;*
> *VI - direitos da criança e adolescente, inclusive destituição do poder familiar, guarda e adoção;*
> *VII - direitos humanos;*
> *VIII - bens e renda do patrimônio indígena (Título IV da Lei nº 6.001/73);*
> *IX - registros públicos e emissão de documentos de identificação.*
> *Parágrafo único. Os direitos e interesses que afetem,*

> *ainda que de forma reflexa, direitos coletivos indígenas, terão* ***obrigatoriamente*** *a atuação da Procuradoria Geral Federal e seus órgãos de execução. Art. 2º A Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a PFE/FUNAI atuarão,* ***obrigatoriamente****, na orientação jurídica e na defesa judicial dos direitos e interesses individuais indígenas, sempre que a compreensão da ocupação territorial, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições for necessária ao deslinde da controvérsia jurídica.* (Sem destaque no original.)

Essa orientação, longe de dissociar-se do propósito do art. 232, da Constituição, reforça-o com uma iluminação hermenêutica na compreensão da capacidade civil dos índios: ela existe de pleno direito quando eles quiserem se reafirmar, perspectiva que esvaziou a ideia assimilacionista de que os índios iriam amanhecendo para a cidadania constitucional somente na medida em que passassem por gradientes valorativos de sua integração ao talante de órgãos indigenistas.

Todavia, essa sua muito bem vinda legitimação constitucional está longe de retirar a responsabilidade institucional dos órgãos encarregados de proteção coletiva, que permanece sendo uma garantia que é assegurada *tout court* às coletividades e individualidades indígenas, tal como, mal comparando, se dá com a legitimidade do Ministério Público – sem prejuízo da liberdade individual para fazê-lo isoladamente (Lei 8.078/90, arts. 103, § 3º, e 104) – para atuar na defesa de direitos e interesses individuais, sejam disponíveis, como no caso da Lei 8.560/1992, sejam indisponíveis, como preceitua o art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), o que inclui até pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de situações que contenham beneficiários individualizados (STJ, REsp 1681690 / SP, Primeira Seção, j. 25/04/2018, julgado sob regime de recurso repetitivo).

A fortiori, a atuação na defesa de direitos individuais e coletivos dos índios se revela ainda mais cogente quando se trata da FUNAI, por estar em jogo uma dimensão cultural hipersensível, via de regra mal compreendida no acanhado círculo teórico dos manuais e compêndios apostilados de Direito.

2.1. O art. 1º, parágrafo único, da Lei 5.371/67, nesse particular, permanece hígido, mesmo se admitindo que o regime não mais seja tutelar, até porque o regime vigente não deixa de ser protetivo e igualmente mandatório: *"A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência*

jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais".

O máximo que se poderia admitir é que, constituindo a comunidade indígena patrocínio advocatício privado, a Procuradoria da FUNAI não tivesse que assumir o mesmo tônus de empenho defensivo na atuação processual, sem prejuízo de intervenção como assistente. Assim é que pode ser lido o art. 8º da citada Portaria 839, da AGU: *"Art. 8º Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal não atuarão na defesa dos interesses e direitos nos casos em que os indígenas, ou suas comunidades, constituírem advogados privados, no exercício do direito previsto no art. 232 da Constituição Federal, observado o disposto no parágrafo único do art. 4º".*

2.2. A propósito, a questão dessa obrigatoriedade na atuação processual da Procuradoria Federal conta com novo reforço jurisprudencial, pois, neste mês de outubro, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu unanimemente que a Fundação Nacional do Índio (Funai) tem a atribuição de promover a defesa judicial de indígenas quando estiverem em discussão seus direitos. No julgamento do Agravo de Instrumento 0035157-73.2017.4.01.0000/MT, o relator, Desembargador Federal Souza Prudente, salientou: *"Remanesce, assim, a responsabilidade da Funai pelas atividades judiciais, de interesse individual ou coletivo dos índios, que não se confundam com a representação judicial da União Federal".*

Vale notar que a Comunidade Indígena do Cachimbó foi devidamente citada, conforme se lê de certidão do Oficial de Justiça da Comarca de Encruzilhada, lavrada em 16 de maio de 2.018, de que se extrai o seguinte trecho: *"após cumprir todas as formalidades legais, procedi a Citação e Intimação do Sr. Edivaldo Lopes Malta, conhecido como Cacique Capilé, que se prontificou como representante de todos os ocupantes do imóvel, objeto da ação, ali estando aproximadamente umas trinta pessoas, o qual declarando-se ciente de todo o conteúdo do presente Mandado, recusou -se a assinar, porém, recebeu o Mandado de bom grado e de livre e espontânea vontade ,juntamente com a Cópia da Decisão e da inicial".*

2.3. Mesmo citada, a Comunidade não exerceu a garantia constitucional de comparecer nos autos para apresentar defesa, o que reafirma a necessidade de que a Procuradoria Federal o faça obrigatoriamente, o que, a rigor, não se dá na qualidade de *assistente,* tal como foi requerido nos autos quando ainda estavam sob a competência da Justiça Estadual, mas de contestante mesmo, haja vista que o termo *assistência* da citada Lei 5.371/67 e, entre outros dispositivos, no art. 2º, II, do Estatuto do Índio (*"prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas (...)"*) não se confunde com o de *assistência* como modalidade de intervenção de terceiro, regulada pelo CPC (art. 119 e seguintes). Mesmo no âmbito da legislação processual, o termo não tem univocidade técnica, sendo que, naquele primeiro caso, ele se aproxima do mesmo conceito que está no art. 99, § 4º, do CPC (*"a assistência do requerente por advogado particular*

não impede a concessão de gratuidade da justiça") e do art. 27, V, do mesmo estatuto (*"a cooperação jurídica internacional terá por objeto: V - assistência jurídica internacional"*). Ou seja, o vocábulo, nessa acepção, é equipolente de *defesa, proteção.*

Convém ademais esclarecer que a intervenção do MPF não é supletiva nem substitutiva daquela da FUNAI. O Ministério Público Federal, como dispõe a Lei Complementar 75/93, tem entre suas funções institucionais, conforme art. 5º, III, *e, "a defesa dos seguintes bens e interesses: e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas* (...)", competindo ao Ministério Público da União, pelo que se lê do art. 6º, inc. VII, *c,* promover o inquérito civil e a ação civil pública para *"a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas"*, além de *"defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis"* (inc. XI), disposição legal última que baliza bem a atuação do *Parquet:* ou ele atua como autor de ação coletiva em *defesa* (=proteção) de comunidades indígenas ou intervém como *custos legis* em demandas individuais e coletivas que tenham esse *thema decidendum,* que é como deve ser processualmente tomada sua interveniência neste feito, o que lhe retira a legitimidade para formular pedido reconvencional, pois pedido só é passível de ser formulado pelo autor ou réu-reconvinte, uma vez que a dilatação do espectro interventivo do fiscal da ordem jurídica que o atual CPC lhe deu só lhe permite arguição de incompetência relativa (art. 65, parágrafo único) e legitimidade para propor ação rescisória (art. 967, inciso III), requerer a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, inciso III) e interpor recursos (art. 996).

Isso ratifica, portanto, a atribuição obrigatória da FUNAI de sair na defesa, entendida como contestação e também como oportunidade de pedido reconvencional, da comunidade indígena do Cachimbó, sobretudo porque há aqui um singular aspecto que não é de somenos importância: a natureza dúplice das ações possessórias (art. 556, do CPC), que permite que, no prazo de defesa, o réu possa pedir proteção possessória quando ficar demonstrado que o autor é que é o agressor. Ao Juiz, porém, não é dado fazê-lo por iniciativa própria: "*A proteção à posse do réu, contudo, não é dispensada* ex officio *pelo juiz. Depende, sempre, de expresso requerimento na contestação, porque aqui também prevalece o princípio do* ne procedat iudex ex officio" (THEODORO JR., Humberto. *Direito processual civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, item 1.308, p. 1.615).

3. À vista de todo o exposto:

3.1. INDEFIRO a liminar.

3.2. Determino que os autos retornem à Procuradoria Federal para que assuma, em toda a sua latitude processual, a titularidade da defesa da Comunidade Indígena do Cachimbó, dada a ausência de comparecimento desta, apesar de regularmente citada.

Intimem-se. Dê-se ciência desta decisão à Comunidade Indígena de Cachimbó expedindo-se carta precatória intimatória para a Comarca de Encruzilhada.

Vitória da Conquista, 5 de novembro de 2018.

João Batista de Castro Júnior
Juiz Federal titular da 1ª Vara
Subseção Judiciária de Vitória da Conquista