

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Processo na Origem: 8900013777

RELATOR : JUIZ ANTONIO EZEQUIEL
APELANTE : COMUNIDADE INDÍGENA (DOS) GAVIÃO DA MONTANHA
ADVOGADO : PAULO CELSO DE OLIVEIRA E OUTROS(AS)
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC/S/OAB : JOSÉ AUGUSTO TORRES POTIGUAR
APELADO : CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A
ADVOGADO : ROSIMEIRE ALVES DE OLIVEIRA E OUTROS(AS)

EMENTA

CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. COMUNIDADE INDÍGENA “GAVIÃO DA MONTANHA” (ÍNDIOS PARAKATEJÊS). ALIENAÇÃO DA POSSE E DE OUTROS DIREITOS DOS SILVÍCOLAS SOBRE AS TERRAS QUE OCUPAM PARA CONSTRUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE ASSISTÊNCIA REGULAR DA FUNAI. TRANSFERÊNCIA DE COMUNIDADE INDÍGENA PARA OUTRA ÁREA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO EM DECRETO PRESIDENCIAL E DE SIMILITUDE DE ÁREAS.

1. É nula, e não apenas anulável, a escritura pública de alienação dos direitos sobre terra indígena, abrangendo benfeitorias, acessões e riquezas naturais, inclusive minerais, assinada por representante de Comunidade Indígena, sem a assistência regular da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, eis que, além de incidir na cominação de anulabilidade prevista no art. 147, I, combinado com o art. 6º, III, ambos do Código Civil Brasileiro e com o § 5º do art. 20 da Lei nº 6.001/73, incide, também, na causa de nulidade prevista nos arts. 198, § 1º, da Emenda Constitucional nº 01/69 à Carta de 1.967, em cuja vigência foi o negócio jurídico celebrado, e 62 da Lei nº 6.001, de 19.12.1973.

2. Não está regularmente representada a FUNAI, para a prática de ato dessa natureza, se a assinatura da escritura pública de alienação dá-se por seu advogado constituído para fim de representação judicial, ainda que munido dos poderes especiais de que trata o art. 38 do Código de Processo Civil.

3. Embora possível a transferência de uma comunidade indígena para outro local, a fim de propiciar a construção de obra pública, essa transferência, nos termos do art. 20, § 1º, “d”, e § 2º, “c”, da Lei nº 6001, de 19.12.1973, depende de prévia autorização por Decreto Presidencial, e deve fazer-se para área de extensão e de condições ecológicas semelhantes àquelas da área antes ocupada.

4. Reconhecida a nulidade da escritura de alienação dos direitos sobre a terra indígena, e impossibilitado o retorno dos índios à área que antes ocupavam, impõe-se a condenação da empresa responsável pela transferência irregular a adquirir e entregar à comunidade indígena área de extensão e de condições ecológicas semelhantes às daquela de onde foram os índios forçados a afastarem-se.

5. Indefere-se, porém, o pedido cumulado de “Indenização pela transferência e prejuízos da comunidade indígena que se viu privada da terra nestes anos todos”, se nenhum outro prejuízo foi descrito e comprovado nos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

6. Apelações da autora e do Ministério Público Federal parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por maioria, dar parcial provimento ao apelo da “Comunidade Indígena Gavião da Montanha”, bem como ao apelo do Ministério Público Federal.

3ª Turma do TRF da 1ª Região – 20/05/2002.

Juiz ANTÔNIO EZEQUIEL

Relator

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Processo na Origem: 8900013777

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz ANTÔNIO EZEQUIEL (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pela COMUNIDADE INDÍGENA GAVIÃO DA MONTANHA (fls. 282/303) e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 312/314), em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara do Pará, que julgou improcedente a ação ordinária, proposta pela ora apelante, objetivando a declaração de nulidade da escritura pública de cessão e transferência de direitos, celebrada entre a referida Comunidade Indígena e a ELETRONORTE, ao fundamento de que estavam presentes todos o requisitos de validade do ato jurídico.

Sustenta a Comunidade Indígena que a r. sentença violou dispositivo constitucional, no que se refere à inalienabilidade e indisponibilidade das terras habitadas pelo índios, como também, o Estatuto do Índio, ao transferir os direitos de posse sobre as terras indígenas, tradicionalmente ocupadas, para a ELETRONORTE, sem a devida compensação, bem como, destinando-lhes uma área que não se equivale à anterior. Aduz, ainda, que o funcionário destinado pela FUNAI para prestar assistência aos indígenas não tem poderes de representação do órgão, uma vez que a tutela indígena é exercida pelo seu Presidente.

Na oportunidade, e sob os mesmos fundamentos da Comunidade Indígena, também apela o Ministério Público Federal.

Pleiteiam os apelantes a reforma, *in totum*, da sentença, para que seja declarada a nulidade do ato firmado pela ELETRONORTE.

À fl. 347, a Comunidade Indígena apelante requereu a juntada de cópia do instrumento de mandato mencionado na escritura pública de fls. 28 a 30 v., do qual se deu vista à apelada e ao Ministério Público Federal, tendo a primeira silenciado, enquanto o MPF, após diversas considerações sobre o direito dos indígenas às terras que ocupam, reiterou o pedido de provimento do apelo.

Houve contra-razões (fls. 305/311).

Processado o recurso, ascendem os autos a este Tribunal.

O MPF em seu parecer, da lavra da Procuradora Regional da República Maria Eliane Menezes de Farias, opina pelo provimento da apelação (fls. 319 a 332).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz ANTÔNIO EZEQUIEL (Relator):

Pretendem os apelantes a reforma da sentença apelada, para o fim de decretar-se a nulidade da Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos vista às fls. 28-30 dos autos, lavrada às fls. 197 e seguintes do Livro 102, em 06 de janeiro de 1984, no Cartório do 2º Ofício de Notas da Comarca de Belém/PA, pela qual a COMUNIDADE INDÍGENA PARAKATEJÊ, também conhecida como “COMUNIDADE INDÍGENA DOS GAVIÃO DA MONTANHA” (sic), cedeu e transferiu à empresa CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A – ELETRONORTE “todos os direitos de ocupação, posse, usufruto e demais outras prerrogativas então exercidas ...” sobre o imóvel denominado ARUMATHEUAZINHO, situado no Município de TUCURUI/PA, com área de 3.600 ha (três mil e seiscentos hectares) e descrição constante da mesma escritura, por ter sido a área do imóvel ocupada pelo lago decorrente da barragem da Hidrelétrica de Tucuruí.

Alegam os apelantes que a aludida escritura padece do vício de nulidade, por violação do art. 82 do Código Civil, uma vez que falta à Comunidade Indígena capacidade civil para celebrar esse tipo de negócio jurídico, sem a intervenção do tutor legal, no caso, a FUNAI, a qual esteve presente no ato através de procurador judicial, e do Chefe do Posto Mãe-Maria da Comunidade de Parakatejê, e não pelo seu Presidente; por violação, ainda, do art. 20 da Lei nº 6001/73, que manda que a remoção de índios, em caso de desapropriação, se faça para outra área semelhante à desocupada, e após decreto do Presidente da República determinando a providência; por violação, também, da Emenda nº 01/69 à Constituição de 1967, vigente à época de sua celebração, e cujo art. 198, § 1º, declarou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza dos atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Objetiva a ação, além da decretação da nulidade da escritura, a devolução da posse plena das terras à Comunidade Autora, ou, sendo isso impossível, a condenação da ELETRONORTE a adquirir área semelhante, em tamanho e condições ambientais, bem assim a pagar-lhe indenização “pela transferência e prejuízos da comunidade indígena que se viu privada das terras nestes anos todos, conforme o já citado art. 20 da Lei nº 6.001/73”, mais custas judiciais e honorários advocatícios.

A sentença apelada julgou improcedente a ação, por reconhecer a legitimidade da representação da FUNAI pelo seu procurador judicial, por ser ele detentor dos poderes da cláusula *ad judicium et extra*, e, por outro lado, porque não houve transferência do domínio, que pertencia à UNIÃO, mas apenas dos direitos exercidos sobre o imóvel ARUMATHEUAZINHO (fls. 269 a 285).

À época da celebração do negócio jurídico impugnado (06.01.1984), vigorava a Emenda Constitucional nº 01/69, cujo art. 198 assim dispunha:

“Art. 198- As terras habitadas pelo silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º- Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º - A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Verifica-se, nos autos, que, pela Lei Estadual nº 2.035, de 09 de novembro de 1921, o Governo do Estado do Pará concedeu aos “Índios da margem direita do Rio Tocantins”, como se vê pela certidão do Registro Geral de Imóveis da Comarca de Marabá (fl. 25), “Um lote de terras de Castanhais, sita à margem direita do Rio Tocantins, compreendida entre os Igarapés Ressaca e Ipixuna, afluentes daquele rio, cujos fundos são de duas (2) léguas” (v. fl. 24).

Evidente, à vista dessa lei, que, em 1921, já havia um agrupamento de índios sediado na margem direita do Rio Tocantins. Verificou-se, contudo, posteriormente, que a exata localização desse agrupamento indígena não era aquela descrita na citada Lei nº 2.035/21, razão pela qual o Governo do Estado do Pará, pelo Decreto nº 252, de 09 de março de 1945, permutou a área anteriormente concedida aos índios por aquela realmente por eles ocupada, dispondo o art. 1º do referido Decreto:

“Art 1º - Fica permutada a área de terras situada a margem direita do Rio Tocantins, entre os igarapés “Ressaca” e “Ipixuna”, no Município de Marabá, com duas (2) léguas de fundos, concedida pela Lei nº 2.035, de 9 de novembro de 1921, aos índios que habitam no local referido, pela área de terras do Estado, denominado “Arumateuasinho”, no Município de Baião, também situada a margem direita do rio Tocantins, limitando: pela frente, com o rio já aludido; pelo lado de cima, com o igarapé “Cagancho”, confrontando terras particulares: pelo lado de baixo, com o igarapé “Arumateuasinho”, confrontando com terras particulares, tendo a mencionada área duas (2) léguas de fundos.

Art. 2º - O Governo do Estado, para a perfeita execução deste decreto, entrará em entendimento com o Serviço de Proteção aos Índios e porá em prática as medidas que se tornarem necessárias, a respeito.

Art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário.”(v. fl. 26).

De acordo com o que consta da escritura impugnada, vista às fls. 28-30, a COMUNIDADE INDÍGENA PARAKATEJÊ é “também conhecida como ‘COMUNIDADE INDÍGENA DOS GAVIÃO DA MONTANHA’, e, de acordo com a inicial e com a procuração de fl. 18, outorgada ao advogado subscritor daquela peça inaugural, a COMUNIDADE INDÍGENA PARAKATEJÊ era “antigamente chamado (sic) ‘ ÍNDIOS’ da margem direita do rio Tocantins”, o que permite concluir que as três citadas denominações referem-se a uma só comunidade indígena, qual seja, a autora desta ação, cujos integrantes, portanto, já ocupavam a margem direita do rio Tocantins, no lugar denominado “ARUMATEUAZINHO”, antes de 1921, quando foi editada a Lei nº 2.035/21 do Estado do Pará.

Essas terras, portanto, enquadravam-se na disposição do art. 198 da EC nº 01/69, então vigente, segundo o qual “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades existentes”.

Como essa disposição constitucional estabeleceu que as terras ocupadas por silvícolas eram “inalienáveis nos termos que a lei federal determinar”, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19.12.1973), a par de repetir, no art. 62, as prescrições dos §§ 1º e 2º do art. 198 da EC 01/69, dispôs, nos arts. 18, 20, 38 e 62, o seguinte:

“Art. 18 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena, ou pelos silvícolas.”

“Art. 20 – Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

§ 1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;*
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;*
- c) por imposição da segurança nacional;*
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;*
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;*
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.*

§ 2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suasórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;*
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;*
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.*

§ 3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

§ 4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

§ 5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio."

"Art. 38 – As terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no artigo 20."

"Art. 62 – Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º 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."

No caso destes autos, verifica-se que as terras ocupadas pela Comunidade Autora foram abrangidas pela área desapropriada pela UNIÃO para construção da barragem de Tucuruí, enquadrando-se na situação prevista no citado art. 20 e seus parágrafos da Lei nº 6.001/73, especialmente as disposições contidas no *caput* e nos §§ 1º, d, 2º, c, 3º, 4º e 5º desse artigo, diante da remoção dos integrantes da Comunidade Autora para a área indígena "Mãe-Maria", situada entre os Municípios de Marabá e São João do Araguaia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Contudo, embora a remoção dos índios fosse providência inarredável, no caso, face ao alagamento da área por eles ocupada pelas águas represadas na barragem de Tucuruí, obra concluída, segundo está dito na inicial, em novembro de 1984, ocupando o reservatório uma área de 2.430 Km², com 45,8 bilhões de metros cúbicos de água (fl. 04), não se observou a recomendação da segunda parte do já citado § 3º do art. 20 da Lei nº 6.001/73, posto que a remoção não se deu para “área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas”, fato atribuído pela apelada, ELETRONORTE, na escritura impugnada, à “patente indisponibilidade de uma área equivalente na região” (fl. 29v.), muito embora demonstre a Comunidade Autora, aqui apelante, que, em reunião de representantes da ELETRONORTE, da FUNAI, e dos índios, realizada em 02.12.1983, “PARA SOLUÇÃO DA PENDÊNCIA ENVOLVENDO AS TERRAS DA ANTIGA ÁREA INDÍGENA GAVIÃO DA MANTANHA, NA MARGEM DIREITA DO RIO TOCANTINS, MUNICÍPIO DE TUCURUÍ, NO ESTADO DO PARÁ”, indicou a apelante, para efetivação da permuta da área indígena Gavião da Montanha, “Área de propriedade do Sr. JOÃO ANATÁCIO QUEIROZ, lindeira à Reserva Indígena Mãe-Maria, situada no Município de Marabá, no Estado do Pará, medindo aproximadamente 3.600 ha (três mil e seiscentos hectares)”, tendo o representante da apelada naquela reunião afirmado, então, “que tinha conhecimento do pleito reivindicatório da Comunidade Indígena PARAKATEJÊ, e que faria chegar aos canais competentes da ELETRONORTE a presente ATA, para análise e considerações necessárias” (v. fl. 22, *in fine*).

Não houve, porém, a implementação de quaisquer providências para atender àquela reivindicação da Comunidade Indígena, preferindo a ELETRONORTE, ao pretexto irreal, como visto, da inexistência de área semelhante na região, celebrar, com alguns representantes da Comunidade Autora, acordo para “liquidação indenizatória de todos os direitos quantos eventualmente pudessem assistir à comunidade outorgante, especialmente com relação às benfeitorias, acessões e riquezas naturais existentes no dito imóvel, abrangendo o direito de exploração e aproveitamento de materiais geológicos e outros recursos minerais”, pelo valor, à época, de CR\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), tudo como se lê na escritura então celebrada (fl. 29 verso dos autos), pela qual a Comunidade cedeu e transferiu à apelada “todos os direitos de ocupação, posse, usufruto e demais outras prerrogativas então exercidas sobre o imóvel” (v. fl. 30 dos autos).

Ocorre que, a par de não ter sido expedido o Decreto exigido pelo art. 20 da Lei nº 6001/73, é certo que negócio jurídico dessa monta e com o objetivo daquele então celebrado, reclamava, ainda, a assistência da FUNAI, como tutora dos silvícolas, face à incapacidade relativa destes, nos termos do art. 20, § 5º, da Lei nº 6.001/73, c/c o 6º, inciso III, do Código Civil. No caso, e como já visto, a FUNAI participou da escritura de cessão e transferência de direitos de que aqui se trata, representada pelo Sr. JOÃO BATISTA ALBUQUERQUE RODRIGUES, então Chefe do Posto Mãe-Maria na Comunidade PARAKATEJÊ, e pelo Dr. Raimundo Nonato Soares Holanda, Advogado daquela autarquia, que se disse, no ato, “com representação pela FUNAI, instituída por meio de procuração particular passada pelo Presidente daquela fundação, em 12.07.83, cuja fotocópia autenticada fica neste Cartório para os devidos fins de direitos” (v. fl. 28v.).

Essa procuração não foi transcrita no texto da escritura, mas a ré, aqui apelada, afirmou, na contestação, que ela constitui o documento nº 07 (sete), anexado àquela peça. Ocorre, porém, que, enquanto foi dito, na escritura, que o Advogado da FUNAI fora constituído por instrumento particular datado de 12.07.83, o aludido documento 07 (sete), anexado à defesa da ré, é uma procuração por instrumento particular datada de 30.05.1977, do que resulta não ser essa a mesma procuração usada pelo Advogado da FUNAI para representar essa entidade na escritura impugnada.

Daí por que a Comunidade apelante, atentando para esse fato, trouxe aos autos, à fl. 348, fotocópia, autenticada no mesmo Cartório em que foi lavrada a escritura impugnada, de procuração passada pelo presidente da FUNAI, em 12.07.83, ao Advogado RAIMUNDO NONATO SOARES DE HOLANDA, afirmando ter sido essa a procuração usada para lavratura da escritura em causa, a qual, entretanto, como se lê no seu texto, é apenas uma procuração *ad judícia*, pela qual a mandante (FUNAI) outorga ao mandatário “poderes da cláusula *ad judícia*, para o foro em geral e os de representação, para fins do art. 843, § 1º, da CLT, podendo, neste caso, transigir, como também agir perante qualquer instância, juízo ou tribunal, em defesa dos interesses da FUNAI e do índio, na forma da lei, revogando-se as procurações e os substabelecimentos anteriores”.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Está-se a ver, portanto, que tal instrumento de mandato é inapto a legitimar a representação exercida pelo procurador Raimundo Nonato Soares de Holanda, ao subscrever a referida escritura de fls. 28/30 v., que implicou na transferência de posse, de direitos sobre benfeitorias, acessões e riquezas naturais existentes em terras indígenas, ato esse que reclamaria a detenção de poderes especiais pelo representante da FUNAI, já que essa representação não se deu diretamente pelo seu Presidente.

Acresce a circunstância de que a assinatura da escritura deu-se enquanto o líder da Comunidade encontrava-se hospitalizado, afirmando, textualmente, a inicial que “Os índios foram levados à Belém, sem a presença do esclarecido e combativo Paiaré e lá assinaram complicada escritura pública que deve ser analisada “(doc. 06)”- v. fl. 14.

O documento assinado reconhece que a área é patrimônio indígena, cabendo à Comunidade Indígena Gavião seu usufruto; reconhece, também, que o pagamento feito, no Hospital, ao índio Paiaré não transferiu direitos sobre a terra; reconhece que deveria ter sido aplicada a Lei 6001/73, em seu artigo 20, já citado integralmente, e, assim, deveria ter havido “a remoção desses silvícolas para outra área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas”, do que se segue que a Eletronorte estava ciente da necessidade de dar cumprimento ao art. 20 da Lei nº 6.001/73, mas deixou de fazê-lo, sob a alegação de não existir área equivalente na região, pelo que resolveu promover “indenização em espécie”, pagando aos índios o valor de 50 milhões de cruzeiros. Assim, os índios transferiram, em favor da outorgada, “todos os direitos de ocupação, posse, usufruto e demais outras prerrogativas então exercidas sobre o imóvel” (fl. 30).

Afigura-se-me, entretanto, que dita escritura pública não é apenas anulável, nos termos do art. 147, I, do Código Civil, por falta da devida assistência da FUNAI, prestada por seu Presidente ou por quem fosse por ele especialmente credenciado para o ato, mas incide, também, na nulidade prevista no § 1º do art. 198 da EC nº 01/69, vigente à época de sua assinatura, e no art. 62 da Lei nº 6.001, de 19.12.1973, porque implicou em transferência de posse e de direitos sobre terra indígena, além da remoção da comunidade indígena para outra área, com violação dos arts. 18 e 20, § 3º, da mesma Lei nº 6.001/73. Ressalto que disposições constitucionais similares às acima citadas estão contidas no art. 231, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal ora vigente.

Reconhecida, assim, a nulidade da referida escritura, impõe-se a procedência da ação. Contudo, em face da manifesta impossibilidade de retorno da Comunidade Indígena à área por ela antes ocupada, face ao seu alagamento pelas águas represadas na Barragem de Tucuruí, cabe acolher o pedido alternativo da autora, para condenar a Ré, como ora condeno, a adquirir e entregar à apelante área de extensão e de condições ecológicas semelhantes às daquela que foi objeto da escritura ora anulada, conforme escolha da apelante, com a assistência da FUNAI.

Já no tocante ao pedido cumulado de “Indenização pela transferência e prejuízos da comunidade indígena que se viu privada da terra nestes anos todos” (fls. 15-16), não houve qualquer descrição e prova de qualquer outro prejuízo, que não a própria perda da posse da área, este atendido com o deferimento do pedido anterior. Além do mais, deve-se levar em conta o fato de que a Comunidade Autora recebeu da apelada, em 1984, quando da assinatura da escritura, ora anulada, a quantia de Cr\$ 50.000.000,00(cinquenta milhões de cruzeiros), valor cuja restituição não foi pleiteada nestes autos. Daí por que indefiro esse pedido, do que se segue o PROVIMENTO PARCIAL dos apelos da autora e do Ministério Público Federal, para os fins acima indicados.

Ante a sucumbência recíproca, determino a compensação mútua da verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em que ficam condenadas a autora-apelante e a apelada, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA
APELAÇÃO CÍVEL 95.01.13345-1/PA

VOTO-VOGAL (vencido em parte)

A Exmª Srª. Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA (Relatora):

Segundo peças processuais que me foram entregues juntamente com o memorial da apelante, nos anos 70, o governo brasileiro entendeu de construir a hidroelétrica Tucuruí nas terras dos Gaviões da Montanha.

Na época, a FUNAI diligenciou a retirada dos índios da área, que viria a ser inundada.

Os Gaviões da Montanha, segundo o seu líder, o índio Paiaré, resistiram, permanecendo em seu território e tentando negociar com a Eletronorte, empresa estatal responsável pela barragem.

Segundo a Comunidade apelante, a Eletronorte passou a fazer grandes pressões que rapidamente tornaram-se ameaças, agressões e tentativas ardilosas de “comprar a aquiescência dos índios.”

Alega a apelante que, em 1984, funcionários da FUNAI e da Eletronorte forjaram um acordo, do qual excluíram o líder Paiaré, subscrevendo documento por meio do qual alguns índios transferiam à Eletronorte o direito sobre a terra da Comunidade, em troca de valor pecuniário insignificante.

A hidroelétrica foi construída e toda a Comunidade Indígena da Montanha foi obrigada a ir para a Reserva de Mãe Maria, ocupada por outros índios Gavião. A montanha foi destruída.

Sustenta a apelante que a construção de Tucuruí foi não só uma ilegalidade como também uma agressão cultural, que desrespeitou as leis nacionais e a Constituição então vigente.

Essa é a razão da demanda ajuizada pela Comunidade Gavião para anular o negócio jurídico pelo qual a Eletronorte pagou determinada quantia em dinheiro aos Gavião da Montanha em troca de suas terras tradicionais.

Na ação pede-se a devolução da área que está embaixo d'água ou a reposição de novas terras em igual dimensão e qualidade ecológica, como determina a lei. Além do que, a autora-apelante, Comunidade Indígena Gavião, pretende obter um indenização pelos prejuízos sofridos com a transferência e por ter ficado tantos anos privada de seu território.

A ação foi ajuizada em 1989 e no seu curso foram ouvidos os antropólogos Iara Ferraz e Lúcia Andrade.

O pedido foi julgado improcedente pelo MM. Juízo **a quo** sob o fundamento que o Procurador da FUNAI tinha poderes para assinar a escritura pública que transferiu a posse dos índios sobre suas terras imemoriais.

Vejamos, inicialmente, um pouco sobre o que dos autos consta sobre os índios Gavião e a terra indígena da Montanha:

“De acordo com a classificação lingüística, os chamados “Gavião” estão entre os Jê-Timbira, muito numerosos até meados deste século e que dominaram a região dos vales dos rios Mearim e Grajaú (no Maranhão), até alcançar a margem direita do rio Tocantins.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A partir dos relatórios provinciais (meados e fins do século XVIII) e dos relatos de viajantes, principalmente Castelnau (1844) e Coudreau (1898), Curt Nimuendaju, estudioso dos Timbira, registrou em 1946 a existência de dezenas de grupos que dividiam territórios comuns, compreendidos nesta vasta região. Seus representantes encontram-se atualmente distribuídos entre os Krahô e Apinajé (TO), os chamados Canela Krikati e Gavião Pukobjê, no Maranhão e Gavião-Parkatejê no Pará (também chamados Gavião de Oeste).

O estigma de bravos e "selvagens" conferiu, de forma genérica, a denominação de "Gaviões" a grupos de pouco contato, que subdividiam-se e se autodenominavam em função do controle territorial que exerciam.

Parece ter contribuído também para essa denominação o fato de usarem penas de gavião em suas flechas, encontradas às centenas após as incursões guerreiras que realizavam nos povoados principalmente à margem direita do Tocantins.

De acordo ainda com Curt Nimuendaju, cisões internas ocorridas por volta de 1850 teriam levado estes "Gavião" a se fixarem definitivamente junto à margem direita do Tocantins (e, portanto, a oeste em relação aos demais grupos Timbira), rejeitando contato com a frente agropastoril que avançava pelos campos do Maranhão.

Somente no início do século XX vão se dar os contatos com estes índios que ficaram famosos e temidos pelas qualidades guerreiras, em virtude dos choques entre índios e regionais na beira do rio.

O Serviço de Proteção ao Índio (SPI) estabeleceu, em 1946, um Posto de Atração exatamente na área (da barragem de Tucuruí, margem direita. Demorou um ano para que o primeiro contato se desse, tal o temor e a independência do grupo. Somente treze anos depois, em 1960, é que o grupo se pode considerar instalado no Posto. A especialista Lara Ferraz narra em seu trabalho "Akrâtikatejê" - os donos da Montanha" o relato do Sr. Matias Teixeira de Aguiar, antigo servidor do SPI e que serviu no Posto de Atração da Montanha desde a sua instalação. Dizia ele que "foram treze anos de namoro", com aproximações e recuos, conquistando a confiança do índio Gavião. Confiança que durou outro treze anos, até que chegou a Eletronorte e iniciou a expulsão deste contingente indígena da área.

A terra indígena da Montanha

A área se chama "da Montanha", exatamente porque existia uma elevação de terreno na margem do Tocantins, lugar muito bonito e estratégico, quase sagrado para os índios e ideal para os técnicos da Eletronorte instalarem uma das bases de sustentação da enorme barragem de Tucuruí.

Os conflitos entre os Gavião e novos exploradores da região colocou o Governo do Pará na contingência de limitar a área destes índios e fez promulgar a lei estadual nº 2.035 (doc. nº 3), que concedia área de terra na margem direita do rio Tocantins, entre os igarapés Ressaca e Ipixuna, com duas léguas de fundo, em 09 de novembro de 1921, muito antes, portanto, da Constituição de 1934 definir o direito dos povos indígenas às terras ocupadas. Em 1936, foi levada a Registro esta lei e efetivamente registrada no R.I. de Marabá.

A imprecisão dos mapas da época e o pouco conhecimento das denominações dos igarapés e, principalmente, a dificuldade de localização dos grupos indígenas arredios e sem contato, levaram o Governo do Pará

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

procedesse, através do Decreto-lei nº 252, de 9 de março de 1945 (doc. 5), à permuta da área concedida anteriormente pela área ocupada pelos Gavião da Montanha, entre os igarapés Arumateusinho e Cagancho, com as mesmas duas léguas de fundo.

Este Decreto-Lei não é, portanto, a criação de uma reserva para que sejam ali localizados os índios Gavião, é o mais acabado reconhecimento de que esta área é efetivamente ocupada pelos índios da margem direita do Tocantins. Diz textualmente o Decreto-Lei: "....aos índios que habitam no local referido."

E os índios Gavião da Montanha continuaram habitando, segundo suas tradições, seus usos e costumes, embora nem sequer soubessem da lei estadual; tratando-se esta área de terra ocupada no conceito da lei 6.001/73, perfeitamente protegida pelas Constituições de 1934, 37, 46, 67 e 69, mantendo a proteção inequívoca da vigente Constituição de 1988.

É a terra que se estende entre o igarapés Arumateusinho e Cagancho, por 2 léguas de fundo, evidentemente terra indígena, de ocupação tradicional dos índios Gavião da Montanha, apossada individualmente, em 1984, pela Eletronorte que expulsou os índios e a inundou."

A respeito da legislação sobre terra indígena, merece transcrição valioso estudo de Juiz desta Corte Regional, Juiz Tourinho Neto, publicada na obra. "Os Direitos Indígenas e a Constituição", Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.

"INDIGENATO. OCUPAÇÃO PRIMITIVA. TERRAS DEVOLUTAS.

Os indígenas foram os "primeiros ocupantes e donos naturais destas terras", como, expressamente, reconhecia o Alvará Régio de 12 de abril de 1680. Reconhecimento este que foi ratificado por urna lei de 6 de julho de 1755 - escrita no espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 de dezembro de 1741 - segundo a qual, nas "terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas".

Em Terras dos índios, de José Maria de Paula, Boletim n. 1 do Serviço de Informação Agrícola, do Ministério da Agricultura, RJ, 1944, pp. 11/12, observamos que o § 42 do Alvará Régio de 1680

*"determinava, para execução imediata, que o governador assinaria aos índios, que descessem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, sem poderem ser mudados desses lugares contra sua vontade, nem obrigados a pagar fôro ou tributo algum dessas terras, ainda que estivessem em sesmarias a pessoas particulares, porque - rezava o alvará - nas concessões dessas sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro e muito mais se entende e quero que se entenda ser reservado o direito dos índios, **primários e naturais senhores delas**" (Destaque do autor).*

Esse Alvará, ressalte-se, referia-se tão-somente aos índios do Grão-Pará e do Maranhão. Pelo Alvará de 8 de maio de 1758, essa disposição foi estendida a todos os índios do Brasil.

Antes de 1680, a Carta Régia de 10 de setembro de 1611 igualmente reconhecia, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, em Os direitos dos índios, ensaios e documentos, ed. Brasiliense, 1987, p. 58, que:

"(...) os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer (...)"

Adiante, à p. 61, diz a ilustre antropóloga que o governo lusitano declarava, expressamente, pela Carta Régia de 9 de março de 1718 que os índios:

"são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles se não agradarão..."

Donos e possuidores, os índios foram, lentamente, sendo expulsos de suas terras, mediante a força brutal e animalesca do invasor português, que, como dizia Anchieta, os escravizava, apartava mulheres de maridos, pais de filhos, ferrava-os, vendia-os. "... Tantos eram os sofrimentos que faziam emudecer a natureza! ", como contava o general Arouche, em 1823, em sua Memória (apud João Mendes Júnior in: Os Indigenistas do Brazil, seus direitos individuais e políticos, typ. Hennicks Irmãos, SP, 1912, pp. 21 e 44).

Daí ter dito Joaquim Norberto de Souza Silva (in: Memória histórica e documentada das aldeias de índios da Província do Rio de Janeiro, escrita em fevereiro de 1850 e publicada na Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brazil, n. 14, 2º trimestre de 1854 - Aldeias dos índios do Rio de Janeiro, p. 229):

"Passa o tempo e a população indígena mais se aniquila e desaparece! Um dia os tempos vindouros perguntarão à América pelas suas primitivas florestas, pelos seus primitivos habitantes, e o que lhe responderá ella?

Eis o céu, eis a terra, o resto ... perguntai à fome, à peste e à escravidão trazidas da Europa pelos povos que lhes sucederam nestas plagas; perguntai ao machado derrubados e ao facho incendiário que prostraram e reduziram a cinzas as produções das sementes que o chão trazia em suas entranhas fecundas, que germinaram à voz de Deos, que floresceram e vingaram à força do volver de séculos e séculos!"

A própria Coroa portuguesa não fazia observar as leis que editava, mostrava frouxidão, segundo assinalava ainda Joaquim Norberto (op. cit., p. 113). Assim se expressou ele:

"Não sou eu quem o digo; reflectem aqui as palavras que transcrevo da própria legislação: Tão perniciosos effeitos consistiam e ainda consistem, escrevia D. Jozé I na sua lei de 6 de junho de 1755, em se não haverem sustentado efficazmente os índios na liberdade, que a seu favor foi declarada pelos summos pontífices e pelos senhores reis meus predecessores, observando no seu germínio sentido as leis por elles promulgadas sobre esta matéria nos anos de 1570, 1587, 1595, 1609, 1611, 1645, 1648, cavilando-se sempre pela cubiça dos interesses particulares as disposições d'estas leis'. Contra os abusos ignominiosos de que resulta grande interesse à massa geral dos indivíduos não são as leis coercivas mais do que solennes protestos à face da humanidade ou um appello à posteridade, para salvar os representantes das nações da ignomínia que pesa sobre as provas; é por isso que tais leis se multiplicam de espaço em espaço como novos protestos, que vão morrer nas mudas praias da indifferença".

As terras conquistadas por guerra justa, declarava a Carta Régia de 2 de dezembro de 1808, serão devolutas (apud Manuela Carneiro da Cunha, op. cit., p. 63)."

O que era guerra justa?

Explica Joaquim Norberto que, pela lei de 10 de março de 1570, os índios poderiam ser escravizados "quando tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores, ou nas correrias matutinas em que assaltavam e

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

roubavam as habitações, assassinando seus habitantes, ou quando matassem os inimigos para os comer." (op. cit., p. 114).

E o que vêm a ser terras devolutas? Tomemos por empréstimo de Hely Lopes Meirelles o seu conceito, respaldado na Lei 601, de 18 de setembro de 1850.

Terras devolutas "são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos" (in: Direito Administrativo Brasileiro, 17. ed., Malheiros Editores, p. 457).

O art. 3º da lei 601, de 18 de setembro de 1850, dispõe:

"São terras devolutas:

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

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

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

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

Se os índios eram os donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680 – não revogado-, as terras que não foram dadas por sesmarias nem as perdidas por força de guerra justa não poderiam ser consideradas devolutas. Achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação. Conseqüentemente, não se lhes pode aplicar o art. 5º da Lei 601, que rezava:

"Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente, guardadas (...)" .

É evidente, pois, que a posse dos índios não estava sujeita à legitimação, porque não havida de ocupação - primária ou não.

Observe-se o que preconizava o art. 59 do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854:

"As posses originariamente adquiridas por ocupação, que não estão sujeitas à legitimação por se acharem atualmente no domínio particular, podem ser contudo legitimadas, se os proprietários pretenderem obter título de sua possessão, passado pela Repartição Geral das Terras Públicas" .

Os índios tinham o domínio por título legítimo - indigenato, que não é o direito adquirido, mas congênito, primeiro. Logo, as suas posses não estavam sujeitas à legitimação.

O indigenato, esclarece José Afonso da Silva, em artigo intitulado Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal (CF de 1969), publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, ed. Jurid Vellenich Ltda., SP, 1983, vol. 25, p. 5,

"não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, 'não é um fato

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, ao fato posterior, depende de requisitos que a legitimem' ".

Explica, por sua vez, João Mendes Júnior:

"O indígena, primariamente estabelecido tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Diz., titul. de caq, vel. amitto possess., L. 1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas, o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidenti, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 14 de abril de 1680, como direito congénito. Ao indigenato, é que melhor se applica o texto do jurisconsulto Paulo: - guia naturaliter tenetur ab eo qui insistit. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 32 da Lei de 18 de setembro de 1850); ora, a ocupação, como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictae (confirmam-se os civilistas, como referência ao Dig., tit. de caq rerum domin, L. 3, e tit. de caq. vel. amitti poss., L. 1); ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullis, nem como res derelictae; por outra não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congénito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título immediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.

O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação às posses que se acharem em poder de primeiro occupante, estão sujeitas à legitimação aquellas que não tem outro título senão a sua ocupação'. Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. 1854 reconhece, portanto, a existência de primeiro occupante que tem título distincto da sua ocupação. E qual pode ser esse primeiro occupante, com título distincto da sua ocupação, senão o indígena, aquelle que tem por título o indigenato, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de abril de 1680: 'quero se entenda reservado o prejuízo e direito dos índios, primarios naturaes senhores das terras'. Grifos do autor. (Op. cit., pp. 58160).

O art. 24, § 1º, do Decreto nº 1.318, de 1854, anal isado por João Mendes Júnior, estabelecia que:

"Estão sujeitas à legitimação:

§ 1º As posses que se acharem em poder do primeiro occupante, não tendo outro título senão a sua ocupação."

Não tendo, frise-se, outro título senão a sua ocupação. Ora, como fez ver João Mendes Júnior, o título que legitimava a posse do índio não era a ocupação, e sim a apropriação congênita, o indigenato.

2. TERRAS OCUPADAS PELOS SILVÍCOLAS. POSSE PERMANENTE. "HABITAT" IMEMORIAL. ÁREAS RESERVADAS. *O indigenato não foi, no entanto, respeitado pelo conquistador. Procurou, então, o legislador assegurar aos índios as terras por eles ocupadas. Não se atentava mais para a apropriação congênita, e sim para a ocupação, primária ou adquirida.*

João Mendes Júnior, na obra retro citada, interpretando a legislação pertinente às terras indígenas, salienta (p. 57):

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

"Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; (...)".

É de lembrar-se, assim, do art. 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850:

"Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente, (...) (destaquei).

Observa Manuela Carneiro da Cunha (op. cit., p. 63) que:

"Em vários textos legais (por exemplo, 26.3.1819), declara-se que se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios nos lugares em que se achão arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras" (8.7.1819).

Arranchar, significa, segundo Aurélio, "reunir em ranchos", "estabelecer-se provisoriamente". E rancho, como brasileirismo, é "casa pobre, da roça; choça, ranchinho" ("Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2. ed., Nova Fronteira, 71 imp., 1986).

Estranhou a Câmara de Vila de Barbacena que fosse determinado ao índio, dono da terra, o local onde deveria ficar (Apud Leda Maria Cardoso Naud, Documentos sobre o índio brasileiro (1500 a 1822), Revista de Informação Legislativa n. 29, 1971, p. 307). Disse aquela Câmara:

"Respeito, porém, a localidade do seu Aldeamento, deve ser a arbitrio e escôlha dos mesmos Índios: parece injuztiza que ao dono da vaza, se determine lugar para sua estada".

O sistema de posses, na verdade, foi imposto aos índios, mas, não lhes beneficiou. Não beneficiou porque, apesar de ocuparem a terra, os fazendeiros os despojavam, "incluindo, nos respectivos registros, terras de propriedade indígena, apossando-se das mesmas e alienando-as a seu bel-prazer, sem encontrar qualquer embaraço, por parte das autoridades às quais competia a defesa e proteção da propriedade territorial indígena". (José Maria de Paula, ob. cit., p. 21).

Ademais, os índios, em sua grande maioria, não lavraram as terras. A agricultura era reduzida. Viviam da caça e da pesca. As choças que habitavam, destruídas em razão do tempo ou por força do branco, não deixavam vestígios. Com o passar dos anos, difícil era identificar as terras indígenas. Por outro lado, perambulavam muito. O conceito de posse civil não lhes pode ser aplicado. A posse deles é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica.

Não se pretende abolir a propriedade privada. A apreensão do Ministro Cordeiro Guerra, explicitada no voto que proferiu no Mandado de Segurança n. 20.234-MG, é infundada, vã. Disse S. Exa. (RTJ 99/75):

"O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: 'Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário'".

Adiante, ele afirma que o § 1º do art. 198 da Constituição de 1946:

"Só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Mas não é isso. O que se quer é que não se interprete a posse indígena com a roupagem civil.

Como explicitou Aurélio Wander Bastos (in: As terras indígenas no Direito Constitucional Brasileiro e na jurisprudência do STF, publicado pela editora da UFSC, em obra intitulada "Sociedades Indígenas e o Direito - uma questão de direitos humanos", p. 105):

"Aqui não se trata de reivindicar em abstrato como 'posse indígena' todas as terras que foram algum momento ocupadas por índios. Ao contrário, se trata de garantir, concretamente, a essas populações os últimos territórios que ocupam diante e contra as frentes de expansão, sejam elas terras Pataxó ou Xinguanas".

É verificar uma posse ainda palpitante. É identificar uma área em que ainda se observa a presença indígena, em que ainda pode ficar demonstrado que há não muitos anos os índios ali tinham seu habitat, que por ali perambulavam.

As terras, ainda que indígenas, desde que não ocupadas por ninguém, passaram, de fato, a ser consideradas devolutas.

Explica Manuela Carneiro da Cunha (op. cit., p. 76):

"Embora sem amparo legal, em muitos casos começam-se a tratar nesse período as terras indígenas como terras devolutas, prática que será reprovada com todas as letras no Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936, que incumbe o Serviço de Proteção aos Índios de 'impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem' (art. 34, a)".

Deste modo, como diz Ruy Cime Lima (in: Pequena história territorial do Brasil, sesmarias e terras devolutas, 4. ed., Escola da Administração Fazendária, 1988, p. 51),

"Apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las tornou-se coisa corrente entre os nossos colonizadores e tais proporções essa prática atingiu, que pode, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição de domínio, paralelamente, a princípio, e após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias; então a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona em zona, à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica".

A Lei nº 601, de 1850, é certo, terminou com a ocupação das terras devolutas. Dispunha o seu art. 2º

"Os que se apossarem de terras ou de alheias, nellas derrubarem matos, ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de benfeitorias, e demais sofrerão a pena de dois a seis meses de prisão e multa de 100\$000, além da satisfação do dano causa. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessórios entre heréos confinantes".

Os índios passam a vagar ao léu, apesar de suas terras não serem devolutas nem estarem sujeitas à legitimação ou à revalidação.

A Constituição de 1891 estabeleceu que pertenciam aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios (art. 64).

O art. 3º do Regulamento a que se refere o Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, dispôs, por sua vez, que:

"O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e sempre que for necessário, entrará em accordo com os Governos dos Estados ou dos municípios:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

a) para que se legalizem convenientemente as posses de terras actualmente ocupadas pelos índios.”

Celebrado acordo, o Governo Federal “mandará proceder à mediação e demarcação dos terrenos, levantar a respectiva planta com todas as indicações necessárias, assignalando as divisas com arcos ou padrões de pedra” (art. 4º).

De referência aos índios aldeados, prescrevia o art. 10:

“Si os índios, que estiverem actualmente aldeados, quizerem fixar-se nas terras que occupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a effecctividade da posse adquirida.”

Atente-se, mais uma vez, que as terras ocupadas pelos índios não eram e não são devolutas.

Por isto, acentua José Maria de Paula (op. cit., p. 73).

“a incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, como devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, ex-vi da Constituição Federal de 1891, constitui clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, afim de extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés de, sem exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considera-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações”.

A Constituição de 1934 determinou que se respeitasse “a posse de terras dos silvícolas, que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes no entanto, vedado aliena-las” (art. 129).

Manteve a Constituição de 1937 este mesmo entendimento. Reza o seu art. 154:

“Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes vedada a alienação das mesmas”.

Comentando esse dispositivo, disse Antônio Figueira de Almeida (in: A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo, Rio, DIP, 1940, p. 122):

“Os selvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizados em caráter permanente. Não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica, tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois esse direito, como que em usufruto, desde que eles não possam alienar suas terras. Essa proibição, porem, visa somente protege-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores, desde que os selvícolas não têm o discernimento bastante para decidirem em tais negócios”.

A Constituição de 1946, art. 216, impôs, igualmente, o respeito à posse das terras indígenas:

“Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem”.

Esclarece Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, RJ, 3. ed., Ed. Borsoi, 1960, Tomo VI, p. 467):

“O texto respeita a posse do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

ou terceiro exiba o título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque ainda o diz a

Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula por infração da Constituição" (destaques do autor).

Themistocles Brandão Cavalcanti (A Constituição Federal comentada, ed. Konfino, 1949, vol IV, p. 304) afirma que o art. 216:

"É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora".

O art. 186 da Constituição de 1967 assegurou, igualmente, "aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam".

O mesmo mandamento constou da Constituição de 1969. O art. 198, que trata da matéria, está assim redigido:

"As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

Mas, a Constituição de 1969 foi além. Protege, também, o usufruto. Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado ficar que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria.

É de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível. Eis o conceito dado pelo art. 23 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio):

"Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil".

Deve-se, por conseqüente, atentar para os usos, costumes e tradições tribais. Há de se levar em conta as terras por eles ocupadas tradicionalmente.

A noção que os índios tinham de propriedade não é igual à nossa. Carlos Frederico Von Martius, em O direito entre os indígenas do Brasil, trad. Amaral Gurgel, edições e publicações Brasil, SP, 1938, p. 66, observa que:

"Esta idéia nitida de uma propriedade determinada da tribo toda, baseia-se principalmente na necessidade de possuir uma certa região de mata para terreno exclusivo de caça porque, ao passo que poucos hectares de terreno cultivado são suficientes para prover a subsistência de uma comunidade numerosa, a caça move-se em território muito maior. Às vezes estendem-se vastos territórios de caça até além do terreno ocupado pela tribo. Os seus limites são rios, montanhas, rocha, cachoeiras e grandes árvores; estes limites baseiam-se ora em tradições, ora em verdadeiros tratados. Nas ocasiões das demarcações os pagés também representam um papel, fazendo toda espécie de palhaçadas, chocalhando os maracás, comuns a todos os selvagens africanos, batendo os bumbos e soltando fumaça de grandes cigarros. Às vezes penduram-se cestas, trapos ou pedaços de cascas de árvores nos marcos. As incursões nos territórios alheios são uma das mais frequentes causas de guerra. Cessão voluntárias são feitas tacitamente, retirando-se uma tribo para deixar entrar outra".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em países independentes, da Organização Internacional do Trabalho, demonstrou essa preocupação, ao dispor no art. 14, item 1:

"Deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam".

O Projeto de Lei n. 2.160, de 1991, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Estatuto do índio, tem esta mesma preocupação. Reza o seu art. 28, item I:

"São terras indígenas:

1 - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; (...)"

O § 1º do art. 231 da Constituição atual conceitua o que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

"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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

O art. 20 do Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas, apresentado pelos Deputados Aloísio Mercadante, Fábio Feldmann, José Carlos Sabóia, Nelson Jobim e Sidney de Miguel, reproduz esse dispositivo.

As terras ocupadas tradicionalmente pelos índios "destinam-se a sua posse permanente", impõe o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988.

A permanência exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro. Observe-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente". Nas de 1967 e de 1969, os índios têm a posse permanente das terras que habitam.

Esta observação fora feita por José Afonso da Silva (artigo citado, p. 7):

"Quando a Constituição declara caber aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isto não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat" (grifos do autor).

4. TERRAS INDÍGENAS. BENS DA UNIÃO. DOMÍNIO PÚBLICO. POSSE DOS ÍNDIOS. INTRANSFERIBILIDADE. INALIENABILIDADE. DEMARCAÇÃO. REDUÇÃO. USUFRUTO. *As terras indígenas, pelo Código Civil, art. 66, inciso I, são bens públicos de uso comum do povo, uso que pode ser gratuito ou retribuído (art. 68). Pertencem, pois, a todos, podendo ser utilizados por qualquer pessoa.*

Carvalho Santos (Código Civil brasileiro interpretado, 3. ed., Freitas Bastos, 1944, vol. H, pp. 100 e 103) explica que os bens do domínio público pertencem ao Estado e devem ser destinados ao uso público.

Aliomar Baleeiro, em voto que proferiu, no Mandado de Segurança n. 16.433-DF (RTJ 49/294), foi taxativo:

"Senhor Presidente, tenho para mim que as terras dos índios são públicas".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Sim, as terras indígenas são do domínio público e não do privado, mas não de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, inciso 1) e sim dominicais (Código Civil, art. 66, inciso 11% constituindo patrimônio da União, pois desde a Constituição de 1967 (art 42, inciso IV), estão incluídas entre os bens da União. Reiteraram essa disposição a Constituição de 1969 (art. 4º, inciso XI) e a de 1988 (art.20, inciso XI).

As terras dos índios são, como se vê, bens públicos patrimoniais da União. Integram o seu patrimônio.

O Supremo Tribunal Federal cristalizou em súmula - Súmula 480 - a seguinte jurisprudência:

"Pertencem ao domínio da União, nos termos dos arts. 42, IV, e 186 da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas".

O domínio das terras indígenas é da União, mas a posse pertence, exclusivamente, aos índios.

"As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", estatui o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988, "destinam-se a sua posse permanente".

Assim, também, rezavam o art. 186 da Constituição de 1967 - "É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam (...)", e o 198 da de 1969 - "As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar a eles cabendo a sua posse permanente G.)-11

Não sendo os índios proprietários das terras que ocupam, não podem transferi-las, aliená-las. Nem o domínio, que não têm, nem a posse. Nem a posse, uma vez que a Constituição afetou tais terras à utilização pelos índios. Só o indígena pode utilizá-la. Tanto assim que o § 3º do art. 231 dispõe:

"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". (Destaquei).

Quanto à transferência da posse, a Constituição de 1946 era expressa. Dizia o art. 216:

"Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem". (Destaquei).

Certo que a transferência pode ser por hereditariedade. Claro, caso contrário a posse passaria para a União.

Analisando esse dispositivo, preleciona Pontes de Miranda (op. cit., p.468):

"A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente e segundo a regra jurídica do direito das coisas entre os membros da tribo, se de tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade".

Este era, também, o entendimento de Themístocles Cavalcanti (op. cit., p. 304). "A transferência inter vivos, porém, não é admissível".

A União, igualmente, não pode alienar - seja sob que forma for (venda, permuta, doação etc.) - as terras dos índios, ainda que obedecendo às exigências legais para a venda de bens públicos dominicais. Às normas que regulam a alienação dos bens públicos, apesar de o patrimônio indígena ser um bem público, não lhes podem ser aplicadas, e por uma razão muito simples: foi a própria Constituição que destinou as terras indígenas, seu patrimônio, à posse permanente pelos índios. A afetação é constitucional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Logo, só por emenda constitucional pode ser desconstituída. Assim não pode a norma infraconstitucional alterar esta destinação, como, no exemplo citado por Hely Lopes Meirelles: "(...) uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominical, isto é do patrimônio disponível da Administração" (op. cit., p. 433).

Com acerto, ao votar no Mandado de Segurança n. 16.443-DF (RTJ 49/295), disse o Ministro Victor Nunes Leal:

"Parece, pois, que o simples fato de pertencerem à União as terras ocupadas pelos índios não as sujeitam integralmente ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade".

E, assim, concluiu o seu voto (p. 296):

"A ressalva do meu voto é no sentido de não ficarem êsses bens públicos - as terras ocupadas pelos índios -, bem como seus frutos, sujeitos à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos. Com esta ressalva, acompanho o eminente Relator".

Se aos índios é assegurada a posse permanente - sem limite temporal - das terras que ocupam - posse no sentido não civilista -, terras essas da União, não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa fé. O § 62 do art. 231 da Constituição estatui:

"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 (...)".

A transcrição no Registro de Imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato.

Vale a pena chamar a atenção para o fato de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas toma evidente quais os limites das terras indígenas. Estabelece o art. 25 da lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do índio):

"O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 199, da Constituição Federal, independerá de stui demarcação (...)".

Certo. As terras indígenas, como, magistralmente, explicou Victor Nunes Leal, "são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do país" (voto proferido no MS 16.443-DF, in: RTJ 49/295).

Logo, não é o processo de demarcação que vai criar uma posse imemorial, um habitat remanescente. Não. O processo demarcatório vai, tão-somente, delimitar essa área, dar os seus limites.

Não pode, por outro lado, evidentemente, a Administração reduzir a área indígena. Se assim fizesse, estaria infringindo a norma constitucional estabelecida no § 14 do art. 231 - "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as 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".

A redução, por conseguinte, é impossível.

Às terras indígenas, como bens públicos, são imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitas a usucapião e a qualquer oneração (v. § 42 do art. 231 da

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Constituição - "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis").

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras ocupadas pelos índios a eles cabe exclusivamente. Portanto, é, igualmente, impenhorável, não sujeito a qualquer ônus. Atente-se que o § 6º do art. 231 dispõe que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas.

Trata-se - explica Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, in A ordem social e a nova Constituição, Aide Editora, 1991, p. 194 -, "a toda evidência, de um usufruto especialíssimo. Não se constitui, ou constituiu, por convenção voluntária; formou-se ope legis e tem relação usufrutuária mantida pela própria Constituição. O conteúdo do uso e da fruição é pleno. Não é, como no do Código Civil, usufruto temporário ou vitalício; caracteriza-se por ser perpétuo face a própria natureza, considerada, tecnicamente, como usufrutuária, a comunidade indígena. É usufruto que não se extingue. E, por fim, considerada a comunidade indígena, não é admissível o co-usufruto".

5. TERRAS RESERVADAS E TERRAS DO DOMÍNIO INDÍGENA. *Não se deve confundir, por rim, área reservada e terra de domínio das comunidades indígenas com terras ocupadas pelos silvícolas. Estas são fruto da posse imemorial. As reservadas são terras estabelecidas pela União, independentemente de terem sido, ou não, ocupadas Pelos índios. Não estão sujeitas, assim, às regras estabelecidas na Constituição para a posse imemorial. As terras de domínio indígena são as adquiridas pelo índio ou pelos grupos tribais. São terras particulares.*

Esclarece João Pacheco de Oliveira Filho (Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas, in: Terras indígenas, (CEDI/Museu Nacional, novembro de 1987, p. 9):

"Pode-se distinguir três tipos de terras indígenas, contrastantes por suas finalidades e natureza: a) as áreas de posse permanente dos índios, que constituem o seu habitat e cuja eficácia legal independe inclusive de ato demarcatório; b) as áreas reservadas pelo Estado para os índios, podendo constituir-se em reservas e parques (além de outras unidades não atualizadas, como o território federal indígena); c) as terras dominiais recebidas pelos índios em virtude de ações do direito civil, como doação compra e venda ou permuta."

Sobre terras reservadas, observou Caetano Lagrasta Neto, in Breves anotações à Constituição sobre o direito indígenas, RT 648/47, que:

"Todavia, tormentoso é o fato de terem sido as nações indígenas deslocadas para reservas, localizando-se algumas destas, coincidentemente, em zonas de segurança nacional, o que as submete, sem grandes perquirições, à remoção compulsória, diante do próprio conceito da segurança que, na maior parte das vezes, não se coaduna no conceito de sobrevivência destes povos".

6. CONCLUSÃO. *a) Aos índios, desde o Alvará Régio de 12 de abril de 1680, foi reconhecida a condição de primários e naturais senhores das terras do Brasil. O fundamento do direito deles às terras está baseado no indigenato, que não é direito adquirido, e sim congênito.*

b) Apesar desse reconhecimento, os índios foram, lentamente, sendo expulsos de suas terras, a princípio por omissão da Coroa Portuguesa, e depois com o beneplácito, muitas vezes, do Serviço de Proteção aos índios.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

- e) *As terras dos índios conquistadas por guerra justa foram consideradas devolutas.*
- d) *A posse dos índios, em face da Lei nº 601, de 1850, não está sujeita à legitimação, porque não havida de ocupação.*
- e) *O sistema de posse - terra realmente ocupada - veio, posteriormente, a ser imposto ao índio, mas não o beneficiou, em razão da dificuldade de serem encontrados vestígios da ocupação.*
- f) *O conceito de posse civil não pode ser aplicado aos índios. A posse deles é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica.*
- g) *Para identificar-se uma posse indígena é preciso observar se há, ainda, na área, palpante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os índios ali tinham o seu habitat - tradicionalmente a ocupavam -, e que dali foram expulsos, à força ou não.*
- h) *Às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios "destinam-se a sua posse permanente" (CF, art. 231, § 24).*
- i) *As terras indígenas são bens públicos, mas não de uso comum do povo, e sim dominicais, pois estão incluídas como bens da União (CF, art. 20, inciso XI).*
- j) *A posse das terras indígenas pertence, exclusivamente, aos índios (CF, art. 231, § 22).*
- l) *Não sendo os índios proprietários das terras, não podem aliená-las.*
- m) *Destinando a Constituição as terras indígenas à posse permanente pelos índios, está a União, igualmente, impedida de aliená-las, reduzir áreas, ainda que obedecendo às exigências legais para a alienação de bens dominicais. Também, em razão dessa destinação constitucional, aos índios não é concedido o direito de transferir a posse que detêm, salvo hereditariamente.*
- n) *Só mediante emenda constitucional, são admissíveis a alienação das terras indígenas e a transferência inter vivos da posse.*
- o) *Sendo aos índios assegurada a posse permanente das terras que ocupam, não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa fé (CF, art. 231, § 64).*
- p) *A demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas.*
- q) *As terras indígenas, como bens públicos, são imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitas a usucapião ou a qualquer oneração (CF, art. 231, § 42).*
- r) *O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras ocupadas pelos índios a eles cabe exclusivamente.*
- s) *Áreas reservadas aos índios são terras estabelecidas pela União, independentemente de terem sido por eles ocupadas.*
- t) *Terras de domínio das comunidades indígenas são terras particulares, adquiridas pelo índio ou pelos grupos tribais.*
- u) *Terras ocupadas pelos silvícolas são as derivadas da posse imemorial."*

A problemática relativa às terras indígenas é tema jurídico recorrente no Brasil. Desde os tempos do Brasil colônia existe legislação garantidora desse direito. O alvará de 1º de abril de 1680 dispunha que as sesmarias eram dadas pela Coroa portuguesa não desconstituíam os direitos dos índios sobre as suas terras.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

É incontroverso que nenhuma discussão mais subsistiu após a Constituição de 1934 que expressamente declarou que o direito sobre as terras indígenas pode ser oposto a qualquer outro. Em 1934 ocorreu o fenômeno da constitucionalização das garantias às terras indígenas.

Vejamos as normas aplicáveis à espécie.

Segundo o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973), em vigor à época, cumpre à União garantir aos índios e comunidades indígenas a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (art. 2º, LX).

O Estatuto do Índio protege a posse indígena, revestindo-lhe de características específicas e prescrevendo a absoluta nulidade de quaisquer atos atentatórios contra a posse ou a ocupação das comunidades indígenas sobre suas terras.

“art. 18 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

art. 38 – As terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no art. 20.

art. A 62 – Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º - 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.”

Os casos de intervenção da União em terras indígenas e as conseqüentes restrições à posse indígena, bem como as exigências e obrigações delas decorrentes, são reguladas no Estatuto do Índio:

“art. 20 – Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a Providência por decreto do Presidente da República.

§ 1º - A intervenção poderá ser decretada:

d) para a realização de obras públicas que interessam ao desenvolvimento nacional;

§ 3º - Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena

removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

§ 4º - A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.”

A Lei nº 6.001/73 reconhece, portanto, a importância da posse dessas terras tradicionais apenas e tão somente pela comunidade indígena que lá vive, como um fator decisivo para a própria sobrevivência, reprodução física e cultural desses povos. As exceções à regra contida no art. 18 estão dispostas no art. 20. A mais drástica de todas as exceções é justamente a remoção definitiva de um grupo indígena de sua terra.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Por isso mesmo, previu o Estatuto as condições objetivas para que tais casos existam, quais sejam: (i) decreto do Presidente da República estabelecendo a intervenção em terra indígena, em qual modalidade e em que condições; (ii) total impossibilidade de permanência do grupo; (iii) destinação de área equivalente em tamanho e condições ecológicas; e (iv) ressarcimento dos prejuízos de qualquer natureza sofridos pela comunidade removida.

A apelada não cumpriu nenhuma das três exigências legais para a intervenção em área indígena. A r. sentença incidiu em **error in iudicando**, ao julgar válida a escritura pública que transferiu os direitos de posse e usufruto da comunidade indígena Gavião da Montanha sobre suas terras tradicionais. Violou frontalmente a indisponibilidade e intransferibilidade da posse indígena, asseguradas também constitucionalmente. Desconsiderou a exigência de decreto do Presidente da República para intervenção da União em área indígena - pois a Eletronorte não tomou *qualquer* providência nesse sentido, e as terras indígenas não são passíveis de desapropriação (conforme o artigo 38 transcrito acima). Além disso a sentença sequer considerou o fato de que a Eletronorte não obedeceu ao mandamento legal que a obriga a compensar os índios com **área equivalente à anterior, inclusive quanto às** condições ecológicas. A Eletronorte, sob a alegação de que não existe área equivalente na região, pois os próprios índios apresentaram formalmente uma proposta indicando a área que poderia substituí-la, proposta anexada aos autos.

A r. sentença afirma que "vários documentos comprovam a presença dos índios Gavião na região da Montanha e do Arumateuazinho", e transcreve trecho de relatório de indigenistas do extinto Serviço de Proteção ao Índio (SPI, antecessor da FUNAI), descrevendo os primeiros contatos com os índios Gavião, justamente "no local denominado Montanha , tendo por divisas naturais os igarapés Arumateuazinho e Cagancho, em uma montanha de 30 a 40 metros de altura, está o P.I. (Posto Indígena) "Gaviões".

A Constituição assegura aos índios: 1) **direitos originários** sobre as terras que tradicionalmente ocupam; 2) direitos de **posse permanente** sobre suas terras e usufruto exclusivo de suas riquezas; 3) **a inalienabilidade e indisponibilidade** de suas terras, bem como a **imprescritibilidade** de seus direitos; 4) a **nulidade absoluta de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas**. Sobre estes conceitos, se falará detalhadamente mais adiante.

A área indígena já estava reconhecida pela Lei Estadual nº 2.035, de 9 de novembro de 1921 e pelo Decreto-Lei nº 252, de 9 de março de 1945.

Diz a sentença que o acordo firmado entre Eletronorte, índios Gavião e a Funai seria válido, porquanto o procurador da autarquia teria poderes hábeis a destinar a terra da Montanha a terceiros.

Não é assim.

O artigo 62 da Lei 6001/73 dispõe:

Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§1º . Aplica-se este artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º. Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas." (grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A Eletronorte violou as exigências determinadas pelo art. 20 para a medida de remoção definitiva de grupos indígenas de suas terras. Não pode pretender essa remoção de uma outra maneira que não a estabelecida na lei, uma vez que essa hipótese configura a mais drástica das exceções ao direito de posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras. Assim, o acordo de cessão de direitos e posse celebrado com alguns índios Gavião é ilegal porquanto viola dispositivo especial que determina exigências específicas, que não foram cumpridas no caso em julgamento.

É justamente o caso do art. 62, § 1º: mediante um ato ilegítimo - a Eletronorte pretende legitimar seu ato de remoção forçada de uma comunidade indígena de suas terras tradicionais, ato que tem por objeto a posse das terras habitadas pela Comunidade Indígena dos Gavião da Montanha.

A conduta da Eletronorte configura violação a dispositivos constitucionais que asseguram os direitos territoriais indígenas tanto no âmbito da atual Constituição Federal, vigente a partir de 1988, como no âmbito da passada Constituição de 1967, reformada pela Emenda nº 01/69, vigente à época dos fatos que ensejam a presente lide.

Eis as normas constitucionais aplicáveis à espécie:

"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.

(...).

§ 2. 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.

(...)

§ 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. "(grifamos)

O ato jurídico de cessão de posse firmado pela Eletronorte é nulo de pleno direito, não produzindo efeitos no mundo jurídico.

Desse modo, a r. sentença apelada violou literalmente o art. 231, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal, na medida em que reconheceu validade a um ato jurídico ilícito e ilegal que feriu diversos artigos do Estatuto do Índio, que arrebatou dos indígenas seu direito a posse permanente de suas terras tradicionais, direito esse assegurado pela Constituição, tanto atual como a passada, sob a égide da qual foi realizado o negócio jurídico.

A sentença não apenas reconhece que a terra que veio a ser inundada era de fato terra de ocupação tradicional dos índios Gavião, como também reconhece expressamente que todas as Constituições brasileiras, desde 1934, protegem especialmente a posse indígena.

A r. sentença recorrida baseia-se exclusivamente na existência de um documento, como fundamento para improcedência do pedido da Autora. Este documento é justamente o instrumento de mandato outorgado pelo Delegado Regional da FUNAI ao advogado Raimundo Nonato Soares de Holanda, datado de 30 de maio de 1977 (fls. 76).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Segundo o Juízo **a quo** a procuração outorgada validaria o ato de transferência da posse das terras da ora Apelante, na medida em que conferiria poderes bastantes, através da cláusula *ad judícia et extra*, para que o causídico transferisse as terras indígenas à Eletronorte, representando o órgão indígena federal.

Diz a sentença:

"No ato de que se trata (lavratura da Escritura Pública que se pretende anular), estiveram os indígenas assistidos pelo funcionário da FUNAI João Batista Albuquerque Rodrigues, Chefe do Posto Mãe Maria na Comunidade Parakatejê, além do advogado Raimundo Nonato Soares Holanda, procurador da FUNAI, com pócuração outorgada por seu Delegado Regional, com a cláusula ad judícia et extra', que, nos ternos dos ô& 3 e 4 , artigo 70. da Lei n ° 4.215 de 1963. habifita o adv ogado a praticar todos os atos judiciais e extrajudiciais de representação e defesa, em qualquer foro ou instância, ou perante quaisquer pessoas iurfdicas de direito público, seus órgãos, ministérios, desdobramentos e repartições de qualquer natureza, inclusive autarquias e entidades paraestatais, e pessoas jurídicas de direito prjvado, sociedades de economia mista ou pessoa física em çteral (letras a e b).

Ora, agindo o mandatário em nome do mandante, como se fora o próprio, os atos por ele praticados são havidos como praticados pelo mandante. Desse modo, no caso, não colhe a argumentação dos autores de que o procurador não detinha poderes de representação da FUNAI, posto que agia em seu nome."

O advogado Raimundo Nonato Soares de Holanda, na ocasião da escritura de cessão e transferência de posse das terras da Autora à Eletronorte, estava representando a FUNAI por força não da procuração outorgada pelo Sr. Delegado Regional em 1977, em que se baseia D. Magistrado singular, mas por outro instrumento de mandato, lavrado pelo Presidente da FUNAI em 12 de julho de 1983, conforme atesta a própria escritura às fls. 28 vº.

Deve-se analisar este mais recente instrumento de procuração, para se verificar se o mesmo incluiria eventualmente poderes suficientes para que a cessão da posse das terras se desse de forma regular. Não é o que se verifica de sua leitura, verbis:

"(..) ao qual outorga os poderes de cláusula AD JUDICIA, para o foro em geral e os de representação, para fins do artigo 843, § 1º da CLT, podendo, neste caso, transigir, como também agir perante qualquer instância, juízo ou tribunal, em defesa dos interesses da FUNAI e do índio, na forma de Lei, revogando-se as procurações e os substabelecimentos anteriores."

A sentença baseia-se na cláusula *ad judícia et extra* para conferir legitimidade ao ato de cessão de posse, entendendo-a suficiente para abarcar poderes para transferir a posse de terras indígenas a terceiros.

Por outro lado, verifica-se que a procuração acima citada, referida pela escritura de cessão de posse como sendo o instrumento que fundamentou a atuação do causídico durante ato, confere apenas os poderes da cláusula *ad judícia*, para a atuação do advogado perante as instâncias do Poder Judiciário. Não confere ao patrono da FUNAI qualquer poder de alienar, transferir ou ceder direitos territoriais indígenas a terceiros.

O mandato do Sr. Raimundo Nonato Soares de Holanda para o ato de transferência não abarca, portanto, o mesmo espectro de direitos que o mandato anterior de 1977.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A procuração outorgada pelo Delegado Regional não deve prevalecer sobre esta última, posto que a mesma é outorgada pelo Presidente da FUNAI, autoridade maior do que o Delegado Regional, e expressamente revoga todos os instrumentos de mandato anteriores.

Eis que invalidado por documento posterior, emitido por autoridade superior, e que não confere poderes específicos para o ato de transferência e cessão de posse das terras indígenas para a Eletronorte.

Existe vício de natureza material que macula o ato de transferência como nulo, qualquer que seja a perspectiva sob a qual se aborde a questão: constitucional, legal, ou infra-legal:

Assiste razão ao Ministério Público apelante ao afirmar que:

“No mérito, data vênia, a sentença não aplicou as regras legais pertinentes, chegando até mesmo a uma conclusão surpreendente diante da própria fundamentação invocada.

Como demonstra a sentença ao falar das terras indígenas, o art. 198 da Constituição de 67 (c/EC nº 01/69), como as anteriores, prevê claramente o princípio da inalienabilidade e indisponibilidade das terras habitadas pelos índios, esclarecendo que as mesmas são de propriedade da União e destinam-se À POSSE PERMANENTE dos silvícolas.

Ao julgar a ação, o MM. Juiz em curto parágrafo concluiu que a negociação entabulada entre Eletronorte e índios Gavião da Montanha, cuja anulação de escritura constitui objeto da ação, não implicou em alienação de terras indígenas até porque estes não lhe possuem o domínio, tendo sido negociados apenas os direitos que os mesmos exerciam sobre o imóvel Arumatheuazino, sobretudo em relação à própria terra.

O princípio da indisponibilidade das terras indígenas não se encerra com a simples proibição de sua alienação, obviamente por parte de quem detém o domínio, mas envolve também, e sobretudo, a inalienabilidade do direito de posse pelos índios, a qual, segundo diz a própria CF, é permanente.

No contexto jurídico do art. 198 da antiga Constituição Federal, posse permanente significa posse inegociável, eis que as terras ocupadas pelos indígenas somente podem, por eles ser usufruídas, até mesmo como garantia de sobrevivência da espécie.

Tanto assim é correto, que a Lei 6.001 estabeleceu em vários de seus artigos alguns dispositivos que demonstram o verdadeiro alcance do princípio da indisponibilidade das terras indígenas. No art. 18 afirma que referidas áreas não poderão ser objeto de negócios que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena. E para dar garantia a tal preceito, estipula no art. 62 a nulidade dos atos que tenham por objeto a posse ou a ocupação de terras indígenas.

Portanto, não é o fato de que a escritura objeto da presente ação não envolva negociação de domínio que pode ensejar a improcedência do pedido. Tal conclusão somente poderia ser alcançada acaso fosse comprovada que área em questão não era de posse da comunidade autora. E isto, ao contrário, ficou fartamente provado, sendo até mesmo incontroverso que os Gaviões da Montanha tinham a posse da área tanto assim que a Eletronorte procurou indenizá-los. Aliás, a própria sentença admite que a Comunidade autora detinha a posse da reserva objeto da ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

Ademais, registre-se até mesmo o destaque feito pela sentença, de que a escritura de fls, envolveu os "direitos exercidos sobre o imóvel Arumatheuazinho...sobretudo em relação à própria terra em si". Ora, tal disposição do contrato nulo demonstra claramente que houve negociação indevida do direito de posse da Comunidade autora sobre a área objeto do litígio.

Também se equivocou a sentença no tocante à representação dos índios na escritura pública discutida.

A assistência ao índio tutelado há de ser prestada pelo órgão tutor, no caso, a FUNAI. E esta somente pratica atos válidos quando executados através de seu presidente - o único representante legal da autarquia - ou alguém com poderes expressamente conferidos, que devem declinar o ato para o qual se projeta.

No caso em questão, o servidor João Batista Albuquerque Rodrigues era tão somente chefe de posto indígena, não podendo, evidentemente, praticar atos em nome do órgão que extrapolam dos limites legais da atribuição de seu cargo. E neste, não se inclui a representação da FUNAI em qualquer contrato. A presença do advogado, pelas mesmas razões, não dá validade ao ato, até porque a alienação de qualquer direito real - e a posse é um deles - somente pode ser feita através de procurador constituído com poderes específicos e através de instrumento público."

Em resumo: O ato de cessão de direitos possessórios firmado pela Eletronorte é absolutamente nulo e ilegal, posto que fere a Constituição Federal e a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

A remoção forçada da Comunidade apelante constitui também conduta ilegal, ferindo o mesmo Estatuto do Índio.

O representante do órgão indigenista não tinha à época poderes para assinar o documento, como se verifica de seu instrumento de mandato e contrariamente ao que afirma a sentença que se baseia em documento expressamente revogado e portanto sem validade à época.

Assim, dou provimento total a apelação da Comunidade e do Ministério Público, inclusive no que tange à indenização prevista no §4º, do artigo 20 do Estatuto do Índio.

É importante que os índios Gavião da Montanha, os que ainda restam, voltem a ter uma área. Fazer com que os índios tenham um território, uma paisagem na qual se reconheçam como índios, é fundamental para sua sobrevivência como grupo diferenciado.

A questão dos índios Gavião da Montanha possuírem uma área para viverem é, portanto, mais do que uma questão de direito constitucional. Contempla um aspecto antropológico que diz respeito a sobrevivência física e cultural. Não estarão amparados os direitos da Comunidade apelante se não se lhe for assegurado a posse permanente e a riqueza de uma extensão de terra semelhante a que possuíam.

A Constituição de 1988, além da posse, reconhece os direitos dos índios a etno-diversidade e a multiculturalidade. Isto quer dizer que o Constituinte reconheceu, pela primeira vez em quinhentos anos de história, o direito indígena de ter sua língua, crenças, tradições e modo de viver. O maior direito coletivo dos índios é continuar a ser índio, mas para tanto precisa de um território.

O Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Procurador do Estado do Paraná, em obra intitulada "O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito," Juruá Ed., Curitiba, 2001, analisa a

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

questão dos direitos coletivos, entre eles o direito dos povos indígenas de existirem com seu meio ambiente e cultura. Texto da obra merece aqui transcrição esclarecedora, especificamente ao tratar da interrelação do direito de ser índio e a questão territorial:

"A Constituição de 1988 abriu, sem dúvida, um novo capítulo na história das relações entre o Estado e os povos indígenas, o conteúdo desta relação foi revisto. A tônica de toda a legislação indigenista, desde o descobrimento, é a integração, dita de modo diverso em cada época e diploma legal. "Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce" (1808); "despertar-lhes o desejo do trato social" (1845); "até a sua incorporação à sociedade civilizada" (1928); "integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional" (1973). A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a idéia de que integração era um bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta de cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é "viver em civilização". Até mesmo a doce e pacífica oferta de guerra d'el Rey parece não ter sido cínica.

Por outro lado, é somente no avançado século XX que se tem mais claras a importância da diversidade e a possibilidade real de entender-se o diferente sem juízo de valor. A humanidade mudou. Os conceitos de relacionamento humano mudaram, o Direito, embora sempre atrasado, os segue. A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, têm o direito de ser índio.139

Coerente com este novo entendimento, fundamento de uma nova ordem na relação entre Estado e povos indígenas, a Constituição de 1988 dá um comando ao Estado brasileiro, no sentido de que deverá proteger e fazer respeitar todos os seus bens." (p. 106/107).

.....
"O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos. Aliás, no Encontro Continental dos Povos Indígenas ocorrido em Quito, em 1990, é solene a declaração de que: "el derecho al tenitorio es una demanda fundamental de los pueblos indígenas del continente. "

É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo.

Esta afirmação é válida para todos os povos exatamente porque o conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopéia e arte de cada povo."

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

É evidente que a transferência da Comunidade indígena representa um prejuízo por si só. Como bem salientou o MPF, os índios sofreram uma perda irreparável por terem sido afastados do seu habitat. Essa circunstância por si só é danosa. Que a Comunidade se viu privada do uso da terra estes anos todos é fato incontroverso.

Ademais, a remoção da Comunidade para outra área e sua instalação nela, para que vivam com um mínimo de dignidade, implicará em despesas. Não basta, agora, quase uma década depois, situar a Comunidade em uma determinada área e abandoná-los à sua própria sorte, isto é, à contínua miséria.

É necessário restaurar as condições em que viviam na Montanha, antes de sua destruição. Isto significa uma avaliação de despesa com habitação, implementos agrícolas, sementes para se saber o **quantum** é necessário para se conferir aos índios Gavião condições de trabalhar. Este inventário tem que ser feito com base nas famílias sobreviventes e os não casados mas já adultos, segundo a concepção indígena.

Se existirem mulheres índias adultas e viúvas com dependentes, terão igualmente que ser consideradas para que elas e sua prole sejam beneficiários da indenização.

Talvez, a nova área tenha que ser parcelada entre os índios sobreviventes, se for costume indígena a divisão da terra.

As casa que serão construídas para abrigar a comunidade deve levar em conta o tipo de habitação que a comunidade está habituada. Enfim, o que para o meio indígena Gavião é considerado como habitável.

É bem de ver que tal apuração só parece ser feita por uma antropólogo, com o auxílio da FUNAI.

Face ao exposto, dou integral provimento à apelação da Comunidade e do Ministério Público Federal para reformar a sentença apelada para os seguintes efeitos:

a) declarar a nulidade absoluta do ato jurídico de cessão de direitos possessórios firmado em erro por alguns indígenas cooptados junto à Eletronorte e com a conivência da Funai, com fundamento no art. 231, § 6º, da Constituição e art. 62, caput e §1º da Lei nº 6001/73;

b) condenar a Eletronorte na obrigação de ceder uma área equivalente à terra tradicional Gavião em tamanho e de semelhantes condições ecológicas, com base no art. 20, § 3º, da Lei nº 6.001/73.

Na Vara de origem o MM. Juiz do processo de execução nomeará antropólogo para que opine se a área escolhida pela Comunidade tem as condições ecológicas semelhantes à área perdida. A FUNAI também será ouvida sobre a adequação da área.

Após a manifestação do antropólogo independente nomeado pelo Juízo **a quo**, a apelada terá o prazo de noventa (90) dias para fazer a entrega da área à Comunidade autora-apelante.

Se no prazo de 90 dias após a intimação da instância **a quo** dando ciência à apelante da área considerada aceitável para os fins do § 3º, do artigo 20, do Estatuto do Índio, a apelada não tiver feito a entrega do novo território à Comunidade, a obrigação de fazer converter-se-á em obrigação de dar coisa certa (quantia em dinheiro) para se adquirir a área. O montante do dinheiro será depositado em juízo para que a FUNAI adquira a área e a entregue à Comunidade Indígena.

c) condenar a Eletronorte no pagamento de indenização pelos prejuízos causados à Comunidade Indígena dos Gavião da Montanha, com fundamento no art. 20, § 4º, da Lei nº 6001/73.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A apuração da indenização pelos prejuízos causados à Comunidade dos Gavião será feita em liquidação por arbitramento.

O Juízo **a quo** nomeará perito contador que, auxiliado pelo antropólogo, avaliará: (a) o prejuízo que os índios tiveram ao perder suas terras (residências, utensílios de agricultura, etc); b) o valor necessário para a remoção (transporte) da comunidade para a nova área); c) valor necessário para a instalação da comunidade na nova área (construção da residências, utensílios para agricultura, etc), conforme fundamentação acima.

d) condenar a apelada as custas e honorários que fixo em 5% sobre o valor da condenação pecuniária e ao pagamento dos honorários dos peritos (antropólogos e contador nomeado e a serem nomeados).

É o voto.

VOTO-VOGAL

O SR. JUIZ JOÃO BATISTA MOREIRA: Senhor Presidente, acompanho o bem elaborado voto de Vossa Excelência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO

SECRETARIA JUDICIÁRIA

SECRETARIA JUDICIÁRIA

54ª Sessão Ordinária do(a) QUINTA TURMA

Pauta de: 20/05/2002 Julgado em : 02/12/2002 EDcl em AC 95.01.13345-1 / PA

Relator: Exmo. Sr. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA

Revisor: Exmo (a). Sr(a).

Presidente da Sessão: Exmo(a). Sr(a). DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA

Proc. Reg. da República: Exmo(a). Sr(a).Dr(a). DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA

Secretário(a): CLÉA BORBA BRASIL DE MACEDO

APTE :COMUNIDADE INDIGENA DOS GAVIAO DA MONTANHA

ADV :PAULO CELSO DE OLIVEIRA E OUTROS(AS)

APTE :MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

PROCUR :JOSE AUGUSTO TORRES POTIGUAR

APDO :CENTRAIS ELETRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A

ADV :ROSIMEIRE ALVES DE OLIVEIRA E OUTROS(AS)

Nº de Origem: 89.00.01377-7 Vara: 4

Justiça de Origem: JUSTICA FEDERAL Estado/Com.: PA

Sustentação Oral

Certidão

Certifico que a(o) egrégia (o) QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe , em Sessão realizada nesta data , proferiu a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.01.13345-1/PA

A Turma, à unanimidade, rejeitou os Embargos de Declaração, nos termos do voto do Exmo. Senhor Relator.

Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA e DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA.

Brasília, 02 de dezembro de 2002.

CLÉA BORBA BRASIL DE MACEDO

Secretário(a)