

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003374-32.2011.404.7104/RS

RELATOR : JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
APELANTE : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : ACAMPAMENTO CAIGANGUE
: DORVALINO KOGJA JOAQUIM
: GETÚLIO DANIEL
: OS MESMOS
INTERESSADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

VOTO-VISTA

Pedi vista para melhor examinar a matéria.

No tocante à preliminar de nulidade do processo em razão da ausência de citação dos indígenas argüida pelo Ministério Público Federal, embora não se ignore que os índios são parte legítimas para ingressar em juízo, nos termos do art. 232 da CF/88, observa-se que há dificuldade em identificar até mesmo as lideranças dos grupos acampados às margens da BR-285.

Ao mesmo tempo em que o MPF afirma que **Dorvalino Kogia Joaquim** e **Ofici Amaro** seriam as lideranças, porque teriam participado da audiência do dia 11/04/2007 (AUDIÊNCIA 23), verifica-se que dela também participou **Sidinei Inácio Canoinho**, cuja citação foi requerida na inicial, mas não cumprida, porquanto, de acordo com a certidão do Oficial de Justiça encarregado de cumprir o mandado de citação, **Getúlio Daniel** teria se identificado como cacique.

Ademais, no PARECER 87MPF, um outro nome - **Jonatan Inácio** - surge como uma das lideranças do acampamento.

Assim, diante da dificuldade de identificação das lideranças dos requeridos, até mesmo por parte do MPF, tenho que deve ser afastada a preliminar e reconhecida a validade dos atos processuais em observância aos princípios da economia e celeridade processual.

No mérito, contudo, entendendo que deve ser dado provimento ao apelo do MPF.

Verifico que a sentença se ampara em documento datado de **10/01/2007** (PET9), que afirmava que *a FUNAI não estava convencida da tradicionalidade das terras e que a comunidade Caingangue acampada em Mato Castelhana deseja demarcar*, para concluir que o êxito da demarcação seria improvável.

Contudo, ainda que a sentença tenha sido proferida antes de concluído o estudo de diagnóstico - iniciado pela FUNAI tão-somente em 2008/2009-, observa-se que a Nota Técnica sobre a situação de Mato Castelhana, datada de **30/04/2010**, elaborada pela antropóloga Marianna Holanda (PET 85), concluiu que *com base em todas as informações recolhidas ao longo dos trabalhos do GT, esta comunidade Kaingang tem um direito fundiário*.

Cumpra salientar que, os trabalhos da GT a que fazem referência a nota técnica consistiram em três etapas de trabalho de campo - em maio de 2009, de julho a agosto de 2009 e em março de 2010, além de levantamento documental, não sendo correto se inferir, portanto, que o êxito da demarcação seria improvável, pelo contrário, há forte indício de que as terras seriam de ocupação tradicional.

Sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, dispõe a Constituição Federal:

Art. 20. São bens da União:

(...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;

(...)

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

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

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

(...)

O conceito de posse indígena já vinha definido no art. 23 da Lei 6.001/73:

Art. 23. 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.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em vigor no Brasil desde 19/04/2004, também reconhece o direito dos indígenas ao retorno a suas terras tradicionais:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

(...)

Como se verifica dos dispositivos acima e, como bem salienta a Procuradora da FUNAI na manifestação do Evento 5, PET 9, não é exigida a imemorialidade da ocupação para identificar uma terra como indígena, ou seja, não se exige para tanto que a comunidade indígena fixe sua habitação em toda terra indígena (que nela tenha permanecido desde tempos imemoriais), que a ocupe fisicamente, edificando sobre ela, mas, que ela seja essencial para a sua subsistência, o desenvolvimento de suas atividades tradicionais, a preservação da sua herança cultural.

O direito de posse dos índios é, portanto, anterior ao processo de demarcação, que não o constitui, mas apenas o reconhece.

Ao analisar o instituto do indigenato, José Afonso da Silva deixa clara a inaplicabilidade do instituto da posse civil às terras indígenas:

'(...) o indigenato 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 um título adquirido.

(...)

Estas considerações, só por si, mostram que a relação do indígena e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado. Daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita.' (in *Comentário Contextual à Constituição*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 869/870)

Desse modo, considerando que a terra já vem sendo ocupada pelas comunidades *kaingangues* há cerca de 6 anos e tendo os estudos antropológicos preliminares concluído que as referidas comunidades possuem um direito de posse originário, entendo que a sentença deva ser reformada, permitindo-se que os indígenas continuem acampados às margens da rodovia federal BR 285, no Município de Mato Castelhano/RS, até que sejam ultimados os estudos e o processo administrativo para avaliação da existência de área indígena no local.

Por fim, há que se ponderar, ainda, que a retirada daquelas comunidades sem haver a definição de um lugar para onde seriam removidas acarretaria, por certo, a ocupação de terras particulares no entorno, gerando mais conflito e incerteza nas relações entre elas e os produtores rurais locais, situação que vem sendo noticiada na imprensa há algum tempo.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo do Ministério Público Federal e julgar prejudicada a apelação do DNIT.

Des. Federal Jorge Antonio Maurique

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal Jorge Antonio Maurique**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5187240v12** e, se solicitado, do código CRC **E2B0CBD8**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jorge Antonio Maurique

Data e Hora: 25/07/2012 16:26