

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5006496-22.2012.404.7006/PR

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

APELANTE : JOAO DIAS NETTO

ADVOGADO : JOSINALDO DA SILVA VEIGA

: Jéssica Leonilda Veiga

APELADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA PORTARIA Nº 1.794/2007. OFENSA À COISA JULGADA NOS AUTOS E MEDIÇÃO E DIVISÃO SOB Nº 129/1940. INEXISTÊNCIA.

1. É de suma importância não descuidar os preceitos constitucionais e os tratados internacionais que visam salvaguardar o direito dos povos originários nas terras que tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades de subsistência. Conforme previsão da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, 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.

2. A Carta Magna chamou de "originários" os direitos indígenas, justamente por traduzirem um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.

3. Os documentos anexos à petição inicial não demonstram que a União e/ou a Fundação Nacional do Índio - FUNAI tenham sido partes no processo judicial proposto no ano de 1940, motivo pelo qual tais entidades não são atingidas pela coisa julgada produzida naqueles autos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de janeiro de 2014.

Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face de sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da Portaria nº 1.794/2007 do Ministério da Justiça, na parte em que esta declarou a tradicionalidade da ocupação dos índios kaingang na área conhecida como 'Fazenda Passo Liso', no Município de Laranjeiras do Sul/PR.

Em suas razões recursais, o autor, ora apelante, sustenta ofensa à coisa julgada, visto que a sentença proferida na ação de medição e divisão nº 129/1940 da 1ª Vara Cível da Comarca de Guarapuava transitou em julgado antes do atual código de processo civil e por esta razão, o art. 472 do CPC não se aplicaria àquela sentença por falta de previsão legal à época. Requer a declaração de nulidade da Portaria Ministerial objurgada porque seu resultado importaria em violação à coisa julgada nos autos 129/1940 e, por consequência, à norma pétrea disposta no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Com contrarrazões vieram os autos.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso de apelação.

É o relatório.

VOTO

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 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, mas que ela seja essencial para a sua subsistência, o desenvolvimento de suas atividades tradicionais, a preservação da sua herança cultural.

Sobre essas questões vale a transcrição de excerto de emblemático julgado do Supremo Tribunal Federal:

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. **A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".**

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). **Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etni.** Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

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

mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (Pet 3388 / RR - RORAIMA PETIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-181 DIVULG 24-09-2009)

O reconhecimento constitucional do direito dos povos indígenas e quilombolas às terras que tradicionalmente habitam, como parte de sua identidade e condição para a sobrevivência de sua cultura, foi assentado na Carta de 1988. No caso, estudo antropológico realizado na região deu conta de que *depoimentos dos velhos kaingang, originários da terra indígena Boa Vista e de seus filhos que nasceram e ocuparam a área, de onde foram expulsos em 1962 e obrigados a viver em área vizinhas, para que esta terra fosse liberada para os não índios* (evento 16 - PROADM4).

Assim, visto que a Portaria nº 1.794/2007, de 31 de outubro de 2007, do Ministério da Justiça, versa sobre demarcação de terras indígenas, questão especialmente tratada posteriormente à promulgação da Constituição Federal, não há como prevalecer coisa julgada constituída nos autos de medição e divisão sob nº 129 do ano de 1940, ademais quando não estavam presentes as partes ora invocadas e a ação sequer fazia menção a direitos indígenas.

Quanto à inexistência de ofensa à coisa julgada, bem ponderou o magistrado *a quo*, motivo pelo qual adoto também seus fundamentos como razão de decidir:

II - FUNDAMENTAÇÃO

Não existem questões preliminares ou prejudiciais pendentes de apreciação, estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

O processo comporta julgamento no estado em que se encontra, na forma do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, visto que a questão de mérito é unicamente de direito - por tal fundamento indefiro o pleito do Ministério Público Federal no evento 24.

A parte autora alega, tão-somente, violação ao instituto da coisa julgada para sustentar a nulidade da Portaria nº 1.794/2007, do Ministério da Justiça, na parte que declarou como de tradicional ocupação dos índios kaingang a área conhecida como 'Fazenda Passo Liso', no Município de Laranjeiras do Sul/PR.

De acordo com o artigo 467 do Código de Processo Civil, 'Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário'.

O artigo 472 do Código de Processo Civil assim dispõe:

'Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.'

Da leitura deste dispositivo, extrai-se que, como regra geral, a sentença constitui coisa julgada apenas inter-partes, ou seja, apenas em relação às partes que integraram a lide. Neste sentido é o entendimento doutrinário acerca da matéria disciplinada no artigo supracitado:

'1. Limites subjetivos da coisa julgada. A norma regula o regime jurídico dos limites subjetivos da coisa julgada no processo civil individual, isto é, as pessoas que são atingidas pela autoridade da coisa julgada proveniente da sentença de mérito transitada em julgado.

2. Coisa julgada inter omnes. A regra geral é a de que a sentença somente obriga as pessoas entre as quais foi dada, não prejudicando nem beneficiando terceiros.' (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 617).

Os documentos anexos à petição inicial não demonstram que a União e/ou a Fundação Nacional do Índio - FUNAI tenham sido partes no processo judicial proposto no ano de 1940, motivo pelo qual, conforme a fundamentação supra, tais entidades não são atingidas pela coisa julgada produzida naqueles autos.

Restam afastadas, ainda, as hipóteses de coisa julgada com efeitos erga omnes, excepcionalmente previstas no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Logo, a improcedência do pedido é a medida que se impõe.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Sem custas processuais, na forma do artigo 4º, II, da Lei nº 9.289/96, ante a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita.

Condene a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios do procurador de cada parte adversa, os quais, com base no artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fixo em 10% do valor atualizado da causa, desde o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula nº 14 do Superior Tribunal de Justiça. A condenação resta suspensa, por força do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária Gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo interposição de recurso de apelação, desde já o recebo no duplo efeito, na forma do artigo 520, caput, do Código de Processo Civil, ressalvada a possibilidade de reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso após a resposta, nos termos do artigo 518, §2º, do aludido Código. Em seguida, dê-se vista à parte apelada para oferecimento de contrarrazões, no prazo legal. Após, promova-se a remessa eletrônica ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Cópia desta sentença poderá servir de ofício e/ou mandado de intimação.

Guarapuava/PR, 08 de agosto de 2013.

*Assim, é de suma importância não descuidar os preceitos constitucionais e os tratados internacionais que visam **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.** Conforme previsão da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, **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.***

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso de apelação.

Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia
Relator

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, Relator**, 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 **6339716v6** e, se solicitado, do código CRC **B11059A6**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Sérgio Renato Tejada Garcia

Data e Hora: 19/01/2014 16:50

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 15/01/2014
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5006496-22.2012.404.7006/PR
ORIGEM: PR 50064962220124047006

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
PRESIDENTE : Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
PROCURADOR : Dr(a)Cláudio Dutra Fontella
APELANTE : JOAO DIAS NETTO
ADVOGADO : JOSINALDO DA SILVA VEIGA
: Jéssica Leonilda Veiga
APELADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 15/01/2014, na seqüência 546, disponibilizada no DE de 07/01/2014, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

RELATOR : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
ACÓRDÃO : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
VOTANTE(S) : Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
: LENZ
: Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, 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 **6434311v1** e, se solicitado, do código CRC **E3ADC4FC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Leticia Pereira Carello
Data e Hora: 15/01/2014 20:07
